

Nr. 8 T-Mobile/VodafoneZiggo

Rechtbank Rotterdam 20 april 2017
ECLI:NL:RBROT:2017:2940

Uitspraak van de meervoudige kamer van 20 april 2017 in de zaak tussen

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

eiseres,

gemachtigde:

mr. P.M. Waszink en mr. G.E. Bierma,

en

Ziggo B.V., Ziggo Services B.V., Vodafone Libertel B.V. en Vodafone Ziggo Group Holding B.V. (tezamen: VodafoneZiggo),

gemachtigden:

mr. W. Knibbeler en mr. A.A.J. Pliego Selie,

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM),

verweerster,

gemachtigden:

mr. A.S.M.L. Prompers en mr. A.E. Bergansius.

Procesverloop

Bij besluit van 9 december 2016 (besluit 1) heeft ACM een last onder dwangsom opgelegd met de volgende inhoud:

- I. 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,- per dag met een maximum van € 500.000,-.
- 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.

Bij besluit van 6 januari 2017 (besluit 2) heeft ACM naar aanleiding van het bezwaar van T-Mobile de begunstigingstermijn verlengd door de einddatum daarvan te stellen op de tiende werkdag na de (tussen)uitspraak van de rechtbank indien de rechtbank instemt met rechtstreeks beroep.

Bij brief van 17 januari 2017 heeft ACM het bezwaar van T-Mobile onder toepassing van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) doorgezonden naar de rechtbank om het bezwaar als beroep in behandeling te nemen.

Bij besluit van 19 januari 2017 (besluit 3) heeft ACM besloten een geschoonde versie van besluit 1 openbaar te maken, waarbij is meegedeeld dat in overleg openbaarmaking op 23 december 2016 heeft plaatsgevonden.

Bij brief van 15 februari 2017 heeft ACM het bezwaar van T-Mobile tegen besluit 3 onder toepassing van artikel 7:1a van de Awb doorgezonden naar de rechtbank om ook dit bezwaar als beroep in behandeling te nemen.

De rechtbank heeft besloten de beroepen versneld te behandelen.

VodafoneZiggo heeft op 22 februari 2017 verzocht om als derde partij te worden toegelaten in de zaak bekend onder zaaknummer ROT 17/468, die betrekking heeft op de lastoplegging.

Op 13 maart 2017 zijn aan VodafoneZiggo de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 23 maart 2017. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Overwegingen*Wettelijk kader*

1.1. 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 mobiele-communicatienetwerken binnen de Unie (de netneutraliteitsverordening) luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“(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, data-volumes 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 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; NL L 310/8 Publicatieblad van de Europese Unie 26.11.2015
- 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 kwaliteitsniveau 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.”

1.2. 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” (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 – citeert 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:
 - 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;
 - whether the end-user is incentivised to use, for example, certain applications;
 - 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:
 - 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;
 - 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);
 - 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."

2.1.

In artikel 5:32, eerste lid, van de Awb is bepaald dat een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom kan opleggen.

2.2.

De Telecommunicatiewet (Tw) luidt, na invoering van het Besluit van 27 oktober 2016 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening (Stb. 2016, 410) en het Besluit van 13 februari 2017 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel Xa van de Wet van 21 december 2016 tot wijziging van de Telecommunicatiewet, de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht alsmede daarmee samenhangende wijzigingen van andere wetten in verband met de uitvoering van EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (Stb. 2017, 63), terugwerkend tot en met 30 april 2016 – voor zover hier van belang – als volgt:

"Artikel 7.4a
(...)

2. 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. (...)

3. 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.
(...)"

Artikel 15.1
(...)

3. 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 het bepaalde bij of krachtens de roamingverordening en de netneutraliteitsverordening. De vorige volzin is niet van toepassing op het bepaalde bij of krachtens de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 van deze wet en voor zover Onze Minister de geadresseerde is.
(...)

Artikel 15.2
(...)

2. De Autoriteit Consument en Markt is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen.
(...)

Artikel 18.2a

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."

In de memorie van Toelichting bij de wijziging van de Tw ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening is te lezen:

"Door de wijziging van artikel 15.1, tweede lid, eerste volzin, wordt ACM belast met het toezicht op de naleving van de netneutraliteitsverordening en eventuele regels die krachtens artikel 5 van de verordening juncto artikel 7.4a, tweede lid, van de wet kunnen worden vastgesteld. (...)"
(Kamerstukken II, 2015–2016, 34 379, nr. 3, blz. 5.)

In de Nota van Wijziging van de bij de wijziging van de Tw ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening, waarbij artikel 7.4a, derde lid, van de Tw is behouden, is het volgende opgemerkt:

"In [het derde] lid [van artikel 7.4a] is het uit het principe van netneutraliteit 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 internet-toegangsdiensten. Deze bevoegdheid komt toe aan de nationale regelgevende instantie. In de wijziging van artikel 18.2a van de wet in artikel I, onderdeel E, van dit wetsvoorstel is de Minister van Economische Zaken aangewezen als 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. In alle overige gevallen is de Autoriteit Consument en Markt de nationale regelgevende instantie bedoeld in de verordening.” (Kamerstukken II, 2015–2016, 34 379, nr. 7, blz. 4-5.)

2.3. Het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Bude) luidt – voor zover hier van belang als volgt:

“Artikel 4a.1

De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van de netneutraliteitsverordening.

Artikel 4a.2

1. De Autoriteit Consument en Markt is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de netneutraliteitsverordening.

2. Voor de toepassing van het eerste lid, is van een spoedeisend geval als bedoeld in artikel 5:31, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht in elk geval sprake indien het niet naleven van de in het eerste lid bedoelde bepalingen ernstige economische of bedrijfstechnische problemen tot gevolg zal hebben voor andere aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, een openbare elektronische communicatiedienst of bijbehorende faciliteiten of voor gebruikers van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, of een openbare elektronische communicatiedienst.”

2.4. De Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet) luidt – voor zover hier van belang als volgt:

“Artikel 12u

1. De Autoriteit Consument en Markt maakt een door haar genomen beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing, niet zijnde een beschikking als bedoeld in artikel 12v, eerste lid, openbaar met dien verstande dat gegevens die ingevolge artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur niet voor verstrekking in aanmerking komen, niet openbaar worden gemaakt. (...)

4. Indien de openbaarmaking van de beschikking naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de Autoriteit Consument en Markt opgedragen toezicht op de naleving, blijft openbaarmaking achterwege. (...)

Besluitvorming ACM

3.1. 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.

3.2. ACM stelt zich op het standpunt 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 Tw. Bij brief van 4 november 2016 heeft ACM T-Mobile daarom een concept-besluit tot lastoplegging verzonden. Nadat T-Mobile een zienswijze daartegen heeft ingebracht heeft ACM besluit 1 genomen. Naar aanleiding van de doorzending van het bezwaar van T-Mobile naar de rechtbank heeft ACM besluit 2 genomen. Voorts heeft ACM, na T-Mobile in de gelegenheid te hebben gesteld zich uit te laten over de mate waarin bedrijfsvertrouwelijke gegevens uit de te publiceren last verwijderd dienen te worden, besluit 3 genomen en is zij tussentijds tot publicatie van een geschoonde versie van besluit 1 overgegaan.

Inleidende overwegingen

4.1. Met besluit 2 is de begunstigingstermijn van de bij besluit 1 opgelegde last onder dwangsom verlengd. Daarom is besluit 2 een besluit tot wijziging van besluit 1, zoals bedoeld in artikel 6:19 van de Awb. Voor besluit 2 geldt dan net als voor besluit 1 dat daartegen, voor zover dit besluit in geschil is, een rechtstreeks beroep van T-Mobile loopt. Besluit 2 komt niet volledig tegemoet aan het beroep tegen besluit 1, terwijl besluit 2 daarnaast besluit 1 niet vervangt voor wat betreft de lastoplegging en de hoogte van de dwangsom. Daarom heeft T-Mobile belang bij een beoordeling van zowel besluit 1, voor zover dat met besluit 2 niet is gewijzigd, als bij een beoordeling van besluit 2.

4.2. De rechtbank heeft vooralsnog besloten VodafoneZiggo als derde partij toe te laten in het beroep tegen de besluiten 1 en 2. Ter zitting heeft VodafoneZiggo betoogd dat besluit 1 geen stand kan houden, omdat zij met T-Mobile van oordeel is dat de netneutraliteitsverordening geen a priori verbod op zogenoemde “zero-rating” behelst en dat de nationale wetgeving (die daar wel van uitgaat) onverbindend is. Voorts heeft zij betoogd dat besluit 2 onrechtmatig is, omdat het gevolg daarvan is dat, zolang er geen (onherroepelijk) rechterlijk oordeel is over de rechtmatigheid van besluit 1, niet aan T-Mobile het aanbieden van diensten op basis van “zero-rating” zou mogen worden toegestaan, terwijl andere marktpartijen – waaronder VodafoneZiggo – dit niet is toegestaan.

4.3. Artikel 8:26 van de Awb geeft de rechtbank de bevoegdheid om tot de sluiting van het onderzoek ter zitting belanghebbenden in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen. Deze bepaling is van openbare orde. De beslissing om VodafoneZiggo als derde partij toe te laten geldt echter als voorlopig. Tot het geding kan steeds worden toegelaten de derde wiens belang tegengesteld is aan dat van de appellant en die door toewijzing van het beroep in een nadeliger positie zou komen te verkeren (CBB 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9146 en CBB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:40). VodafoneZiggo heeft, voor zover het besluit 1 betreft, een parallel belang aan dat van T-Mobile. In het geval van een parallel belang staat artikel 1:2 van de Awb er aan in de weg haar ter zake van besluit 1 als derde belanghebbende toe te laten. Zij heeft namelijk vanwege dat parallel belang geen rechtstreeks belang bij dat besluit, dat niet aan haar is gericht en ook niet haar rechtspositie aantast of negatieve gevolgen heeft voor haar concurrentiepositie. De enkele omstandigheid dat zij een beoordeling van de bestuursrechter wenst over de vraag of de netneutraliteitsverordening geen a priori verbod op “zero-rating” behelst en dat de nationale wetgeving (die daar wel van uitgaat) onverbindend is, levert geen rechtstreeks belang op bij besluit 1.

4.4. Besluit 2, dat strekt tot verlenging van de aan T-Mobile geboden begunstigingstermijn, raakt VodafoneZiggo als concurrent van T-Mobile mogelijk wel in haar belang, omdat T-Mobile daardoor langer de dienst Datavrije Muziek kan blijven aanbieden. VodafoneZiggo heeft kennis genomen van besluit 2 door de toezending van de op de zaak betrekking hebbende stukken op 13 maart 2017. Uit de ter zitting door VodafoneZiggo ingediende pleitnota blijkt dat zij het niet eens is met besluit 2. Deze pleitnota kan als een bezwaarschrift tegen besluit 2 worden aangemerkt. Dit bezwaarschrift heeft VodafoneZiggo weliswaar niet binnen zes weken na de bekendmaking van besluit 2, te weten 6 januari 2017, ingediend, maar wel binnen twee weken – dus zo spoedig mogelijk – nadat zij zelf kennis heeft genomen van besluit 2. Dit betekent dat sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding. Het ter zitting – als onderdeel van de pleitnota – overgelegde bezwaarschrift merkt de rechtbank aan

als te zijn doorgezonden in de zin van artikel 7:1a, zesde lid, van de Awb. De rechtbank heeft het aldus ontstane rechtstreeks beroep van VodafoneZiggo tegen besluit 2 geregistreerd onder zaaknummer ROT 17/1932 en gevoegd behandeld met de beroepen van T-Mobile.

Inhoudelijke beoordeling van het beroep

5.1. Het meest vergaande betoog van T-Mobile strekt ertoe dat ACM niet bevoegd is om de netneutraliteitsverordening te handhaven. In dit verband heeft T-Mobile aangevoerd dat artikel 18.2 van de Tw en de artikelen 4a.1 en 4a.2 van het Bude geen toereikende grondslag bieden om artikel 3 van de netneutraliteitsverordening te kunnen handhaven, omdat op basis van artikel 18.2 van de Tw slechts ter uitvoering van de Tw bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld ten aanzien van in de Tw geregelde onderwerpen, waarbij van belang is dat het toezicht op de netneutraliteitsverordening geen in de Tw geregeld onderwerp behelst. Artikel 15.2 van de Tw in verbinding met artikel 5:32 van de Awb biedt dan ook geen grondslag voor het opleggen van een last ter handhaving van de netneutraliteitsverordening.

5.2. De rechtbank stelt bij de beoordeling van dit betoog voorop dat aan de lastoplegging naast overtreding van artikel 7.4a, derde lid, van de Tw, de overtreding van artikel 3, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening ten grondslag ligt. Voorts is in het bestreden besluit onder het juridisch kaders naast artikel 15.2, tweede lid, van de Tw tevens artikel 4a.2, eerste lid, van het Bude is vermeld als bevoegdheidsgrondslag voor de oplegging van een last onder bestuursdwang, waarbij Aan het slot van het juridisch kader is artikel 5:32 van de Awb vermeld met het oog op de bevoegdheid tot oplegging van een last onder dwangsom in plaats van een last onder bestuursdwang. In het bestreden besluit is dus sprake van de oplegging van een last op grond van zowel overtreding van de netneutraliteitsverordening als overtreding van de Tw.

5.3. Voor zover de lastoplegging ziet op overtreding van artikel 7.4a, derde lid, van de Tw is de grondslag voor oplegging van een last te vinden in artikel 15.2, tweede lid, van de Tw. Met de Wet van 12 oktober 2016 tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening (Stb. 2016, 409) is een fout geslopen door, bij de vervanging van de woorden “met het toezicht op de roamingverordening” door de woorden “het bepaalde bij of krachtens de roamingverordening en de netneutraliteitsverordening”, het tweede en derde lid van artikel 15.1 van de Tw te verwisselen. Deze vergissing is hersteld met artikel Xa van de Wet van 21 december 2016 tot wijziging van de Telecommunicatiewet, de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht alsmede daarmee samenhangende wijzigingen van andere wetten in verband met de uitvoering van EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (Stb. 2017, 13). Bij het Besluit van 13 februari 2017 (Stb. 2017, 63) in verbinding met het Besluit van 27 oktober 2016 (Stb. 2016, 410) is voorzien in invoering van artikel Xa vernoemd en die invoering werkt terug tot en met 30 april 2016. Dit betekent dat alsnog in artikel 15.1, derde lid, gelezen in verbinding met artikel 15.2, tweede lid, van de Tw is voorzien in de bevoegdheid tot oplegging van een last wegens overtreding van de netneutraliteitsverordening. Ten tijde van de inwerkingtreding van het Besluit van 27 oktober 2016 (Stb. 2016, 410) was voorzienbaar dat de wetgever het oogmerk had om ACM te belasten met handhavingstoezicht op naleving van de netneutraliteitsverordening. De rechtbank is daarom van oordeel dat de terugwerkende kracht niet in strijd komt de rechtszekerheid. Wat verder door partijen is opgemerkt met betrekking tot het Bude kan daarom in het midden blijven.

6.1. T-Mobile stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van een overtreding van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening en dat de daarvan afwijkende nationale wetgeving onverbindend is. In dit verband heeft zij aan de hand van verschillende argumenten aangevoerd dat in de netneutraliteitsverordening en Guidelines geen categorisch verbod van prijsdiscriminatie is opgenomen en dat de Nederlandse wetgever in strijd met het Unierecht artikel 7.4a, derde lid, van de Tw heeft gehandhaafd. Volgens T-Mobile is artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening niet van toepassing op prijsafspraken in de vorm van “zero-rating”. Uit een taalkundige analyse volgt immers dat de verplichting van non-discriminatie alleen ziet op het verkeer en niet op de gebruiker, waarmee prijsafspraken gemaakt mogen worden. Uit een wets-systematische interpretatie volgt dat de eerste alinea van het derde lid gelezen moet worden in samenhang met de overige alinea's, waaruit volgt dat dit derde lid ziet op technische voorschriften en niet op commerciële afspraken. Een wethistorische interpretatie

brengt evenzeer met zich mee dat het derde lid niet in de weg staat aan tariefdifferentiatie, omdat een voorstel van het Europees Parlement voorlag om de regels voor prijsneutraliteit aan te scherpen, doch niet te voorzien in een categorisch verbod op tariefdifferentiatie. Het in tweede lezing door het Europees Parlement aanvaarde compromis bevat geen verbod op prijsdiscriminatie en een amendement in artikel 3, tweede lid, dat voorzorg in de mogelijkheid van de lidstaten om aanvullende wetgeving vast te stellen om “zero-rating” tegen te gaan, heeft de eindstreep niet gehaald. Vanuit de Europese Commissie is herhaaldelijk bevestigd dat “zero-rating” niet als zodanig in de ban is gedaan, maar dat een dergelijke praktijk zal moeten voldoen aan de eisen van de netneutraliteitsverordening. Volgens T-Mobile brengt artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening met zich dat een case-by-case benadering moet worden gevolgd bij de vaststelling of een commerciële afspraak verenigbaar is met de netneutraliteitsverordening. In dit verband wijst zij voorts op overweging 7 van de considerans bij de netneutraliteitsverordening. Daar komt volgens T-Mobile bij dat de lidstaten gehouden zijn de Guidelines in acht te nemen die expliciet ruimte bieden voor prijsafspraken in de vorm van “zero-rating”, althans bepalen dat dergelijke afspraken worden getoetst op verenigbaarheid met de netneutraliteitsverordening.

Omdat de netneutraliteitsverordening “zero-rating” dus niet voorschrijft en de onderdelen 45 tot en met 48 van de Guidelines een concrete afweging voorschrijven, staat het de nationale wetgever niet vrij om op de voet van artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening strengere regels vast te stellen, zodat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onverbindend is en buiten toepassing moet worden gelaten. In dit verband wijst T-Mobile ook op een gewijzigd standpunt van de regering. Waar het kabinet eerst tegen de netneutraliteitsverordening heeft gestemd, omdat het niet is gelukt daarin een expliciet verbod op prijsdiscriminatie op te laten nemen, was de regering bij nadere bestudering ineens van oordeel dat weliswaar een expliciet verbod ontbreekt, maar dat de algemene regels van artikel 3, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening prijsdiscriminatie niet toestaan en dat het voor de rechtszekerheid wenselijk is dit te verduidelijken met nationale wetgeving (Kamerstukken II, 2015–2016, 34 379, nr. 6, blz. 6 en 9). Voorts wijst T-Mobile er op dat het ministerie van Economische Zaken voordien een algemene maatregel van bestuur in voorbereiding had waarin positieve prijsdiscriminatie ten dele zou worden toegestaan. Tevens wijst zij op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State om artikel 7.4a, derde lid, van de Tw te laten vervallen. Verder wijst T-Mobile er op dat Nederland vooralsnog de enige lidstaat is die meent dat BEREC en de Commissie een onjuiste uitleg geven aan artikel 3 van de netneutraliteitsverordening. Daar komt volgens T-Mobile bij dat artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening slechts de bevoegdheid biedt tot het stellen van nadere regels door de nationale regelgevende instanties en niet tot het vaststellen van wetgeving in formele zin.

6.2. ACM stelt zich op het standpunt dat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw een juiste invulling van de ruimte is die de wetgever heeft om de norm van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening te verduidelijken. Ter zitting heeft ACM dit als volgt toegelicht. Volgens ACM verschillen partijen niet van mening over artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening, waarin het recht van eindgebruikers op een onbelemmerde toegang tot internet is vastgelegd. Over het tweede lid zijn partijen het grotendeels eens. Dit lid bepaalt dat overeenkomsten en commerciële praktijken zijn toegestaan voor zover ze de uitoefening van de rechten van eindgebruikers uit het eerste lid niet beperken. ACM meent dat alleen overeenkomsten en commerciële praktijken die niet-discriminerend zijn onder het tweede lid vallen. Hieruit volgt volgens ACM dat per geval (“case by case”) moet worden getoetst of een overeenkomst of commerciële praktijk die niet-discriminerend is mogelijk toch de uitoefening van eindgebruikersrechten beperkt. Overeenkomsten en commerciële praktijken die discriminerend zijn vallen onder het discriminatieverbod van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening. Dat heeft de wetgever verduidelijkt in artikel 7.4a, derde lid, van de Tw. ACM leest in de eerste alinea van artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening dus, evenals de wetgever, een algemeen discriminatieverbod. Dit strookt volgens ACM ook met de betekenis en het belang van netneutraliteit. Dat belang wordt bevestigd in de tweede alinea van het derde lid, waarin is bepaald dat aanbieders van internet niet-discriminerende verkeersbeheersmaatregelen mogen treffen. Tot slot bevat de derde alinea van het derde lid verdere uitzonderingen op het algemene discriminatieverbod: aanbieders van internet mogen verdergaande verkeersbeheersmaatregelen treffen in uitzonderlijke situaties.

6.3. De rechtbank stelt bij de beoordeling van dit betoog van T-Mobile voorop dat de door T-Mobile gelanceerde dienst Datavrije Muziek in strijd is met artikel 7.4a, derde lid, van de Tw, omdat die dienst een tariefdifferentiatie in de vorm van “zero-rating” inhoudt wat categorisch verboden door deze bepaling (Rb. Rotterdam 4 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:810). Tussen partijen is dit ook niet in geschil. Partijen verschillen van mening of artikel 7.4a, derde lid, van de Tw buiten toepassing moet worden gelaten, omdat die bepaling in strijd zou zijn met de netneutraliteitsverordening. Met T-Mobile is de rechtbank op grond van de hiernavolgende overwegingen van oordeel dat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onverbindend is.

6.4. Europese verordeningen zijn rechtstreeks toepasselijk en zij dulden, gelet op artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), behoudens bevoegdheidstoedeling en eventuele uitvoeringsmaatregelen, geen omzetting naar nationaal recht dulden. Het staat de wetgever daarom niet vrij om datgene wat de netneutraliteitsverordening regelt ook door middel van nationale wet- of regelgeving te regelen. Lidstaten mogen slechts uitvoeringsmaatregelen nemen als de verordening daarin voorziet. Artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening biedt geen grondslag voor aanvullende wettelijke voorschriften met betrekking tot de omvang en reikwijdte van het in artikel 3 van de netneutraliteitsverordening neergelegde discriminatieverbod. Met de stelling dat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw een verduidelijking is van wat reeds besloten ligt in artikel 3 van de netneutraliteitsverordening, miskent ACM dat het de wetgever niet is toegestaan om volgens hem onduidelijke bepalingen in een Europese verordening door middel van nationale wetgeving te verduidelijken.

6.5. Van onduidelijkheid is naar het oordeel van de rechtbank bovendien geen sprake.

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”). Artikel 7.4a, derde lid, van de Tw is dan ook onmiskenbaar in strijd met de netneutraliteitsverordening. De rechtbank merkt in dit verband op dat geen andere conclusie mogelijk is dan dat de nationale wetgever tegen beter weten in heeft gehandeld door artikel 7.4a, derde lid, van de Tw, in weerwil van de totstandkomingsgeschiedenis en de tekst van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening, te handhaven op basis van “nadere bestudering van de tekst van de verordening”. De rechtbank voegt hier aan toe dat ook voor ACM geldt dat zij op grond van het beginsel van Unietrouw is gehouden artikel 3 van de Verordening toe

te passen ondanks daarmee strijdige nationale wetgeving (vgl. HvJ. EU 10 oktober 2010, zaak C-429/09 (Günter Fuß tegen Stadt Halle)).

7. Omdat artikel 7.4a, derde lid, van de Tw onverbindend is en om die reden door de bestuursrechter buiten toepassing moet worden gelaten, terwijl artikel 3 van de netneutraliteitsverordening voorziet in een categorisch verbod van “zero-rating”, kan de lastoplegging, die wel uitgaat van een dergelijk verbod, geen stand houden. Het beroep is daarom gegrond en besluit 1 moet wegens strijd met de netneutraliteitsverordening worden vernietigd.

8. Gelet hierop behoeven de overige beroepsgronden van T-Mobile tegen besluit 1 geen bespreking meer.

9. Of de handelwijze van T-Mobile al dan niet is toegestaan hangt af van een nadere weging van alle relevante omstandigheden. Voor die beoordeling binnen het kader van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening kunnen de Guidelines nadere handvatten bieden. ACM heeft een dergelijke beoordeling bewust niet verricht. De rechtbank ziet daarom geen ruimte om te onderzoeken of er aanleiding is om de rechtsgevolgen van besluit 1 in stand te laten. Om dezelfde reden komt besluit 2, dat voortborduurde op besluit 1, eveneens voor vernietiging in aanmerking.

10. Gelet hierop heeft VodafoneZiggo geen processueel belang meer bij haar beroep tegen besluit 2, zodat dit beroep van VodafoneZiggo niet-ontvankelijk zal worden verklaard.

11. Het standpunt van ACM dat T-Mobile niet in haar beroep tegen besluit 3 kan worden ontvangen, omdat zij heeft ingestemd met de openbaarmaking van besluit 1 en niet om een voorlopige voorziening heeft gevraagd om openbaarmaking tegen te gaan, snijdt geen hout. De omstandigheid dat T-Mobile en ACM overeenstemming hadden bereikt over de mate waarin besluit 1 van concurrentiegevoelige gegevens moest worden geschoond voor publicatie en de omstandigheid dat T-Mobile geen voorlopige voorziening heeft verzocht om openbaarmaking tegen te gaan laten onverlet dat het T-Mobile vrij staat tegen de beslissing tot openbaarmaking van de last bezwaar te maken en in de bodemprocedure dit besluit aan te vechten, ook nadat de last is gepubliceerd (vgl. Cbb 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ1864). Omdat de lastoplegging geen stand houdt kan ook het besluit tot openbaarmaking van de last geen stand houden. Het beroep tegen besluit 3 is daarom gegrond en dit besluit zal worden vernietigd.

12. Omdat de rechtbank het beroep van T-Mobile gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat ACM aan T-Mobile het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

13. De rechtbank veroordeelt ACM in de door T-Mobile gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.485,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 495,- en wegingsfactor 1,5).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep van T-Mobile tegen de besluiten 1, 2 en 3 gegrond;
- vernietigt de besluiten 1, 2 en 3;
- bepaalt dat ACM aan T-Mobile het betaalde griffierecht van € 333,00 vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van T-Mobile tot een bedrag van € 1.485,-;
- verklaart het beroep van VodafoneZiggo tegen besluit 2 niet-ontvankelijk.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. A.C. Rop en mr. S.A. de Vries, leden, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 20 april 2017.

Noot

Quinten Kroes

Mr. Q.R. Kroes is advocaat bij Brinkhof te Amsterdam en redacteur van dit blad.

Dat niet alle rechterlijke uitspraken die in *Mediaforum* worden gepubliceerd, verrassend of opzienbarend hoeven te zijn, toont dit vonnis van de Rotterdamse rechtbank over netneutraliteit. Over dit onderwerp schreef ik niet al te lang geleden een opener,¹ die ik achteraf bezien de titel 'Kroniek van een aangekondigde vernietiging' had moeten geven. Voor de achtergronden van deze zaak, en in het bijzonder, de strenge wettelijke bepaling over netneutraliteit die de Nederlandse wetgever handhaafde ondanks de totstandkoming van een Europese verordening over het onderwerp, verwijst ik de lezer naar die opener.

In het kort komt het erop neer dat we in Nederland als een van de eerste landen ter wereld wetgeving hebben ingevoerd ter bescherming van netneutraliteit, en dat die regels zelfs positieve prijsdiscriminatie verboden waarbij dataverkeer voor bepaalde toepassingen door de mobiele aanbieder niet in mindering wordt gebracht op de databundel ('zero-rating'). Daarna is door de Europese wetgever een verordening over netneutraliteit aangenomen,² die – ondanks een lobby van Nederland – zero-rating niet met zoveel woorden verbiedt. De Nederlandse wetgever stelde zich echter op het standpunt dat de Europese regels ruimte lieten om het Nederlandse verbod op zero-rating in stand te houden.

T-Mobile heeft na de inwerkingtreding van deze verordening de dienst 'Datavrije Muziek' geïntroduceerd. Abonnees die van dit aanbod gebruikmaken, kunnen uit een lijst van muzikaanbieders kiezen om 'gratis' (dat wil zeggen: zonder dat het ten koste gaat van hun databundel) muziek te luisteren. Omdat de Telecommunicatiewet zero-rating (in artikel 7.4a lid 3 Tw) – ondanks aanpassing van de wet – nog steeds verbodt, zag ACM zich genoodzaakt om aan T-Mobile een last onder dwangsom op te leggen om deze overtreding te staken. In het beroep stond dus met name de vraag centraal of de strengere Nederlandse bepaling stand kon houden. ACM had daartoe bij de rechtbank het standpunt verdedigd van de Nederlandse wetgever, namelijk dat artikel 7.4a lid 3 Tw, slechts een verduidelijking biedt van wat eigenlijk in de verordening ook al zou staan. Daartoe wees ACM op het derde lid van artikel 3 van de verordening, dat inderdaad een verbod op discriminatie bevat. De rechtbank volgt T-Mobile echter in haar opvatting dat dit derde lid ziet op de wijze waarop een aanbieder internetverkeer afwikkelt, en niet op de commerciële of financiële afspraken die deze aanbieder met de eindgebruiker maakt. Of in de woorden van de rechtbank: het derde lid ziet op het verkeer en niet op de gebruiker (r.o. 6.5). Het enige dat de verordening wel te zeggen heeft over de contractvoorwaarden die met de gebruiker worden afgesproken, staat in het eerste lid en in overweging 7 bij de verordening. En die bevatten geen verbod op zero-rating, maar gaan uit van een genuanceerdere aanpak ('bij het beoordelen van overeenkomsten en commerciële praktijken [dient] rekening te worden gehouden met onder meer de respectieve marktposities van de

betrokken aanbieders van internettoegangsdiensden en aanbieders van inhoud, diensden en toepassingen').

De rechtbank vindt het niet nodig om over deze discussie het Hof van Justitie lastig te vallen met prejudiciële vragen: artikel 3 van de verordening bevat 'zonder twijfel' geen categorisch verbod op prijsdiscriminatie en is daarmee een 'acte clair' (r.o. 6.7). Het komt de Nederlandse wetgever op een stevige veeg uit de pan te staan: die heeft volgens de rechtbank 'tegen beter weten in' zijn verbod op zero-rating gehandhaafd, terwijl de verordening zo'n categorisch verbod niet kent. Met andere woorden: wat door de wetgever als 'verduidelijking' werd verpakt, was in feite gewoon een doelbewuste en ongeoorloofde afwijking van de rechtstreeks werkende verordening. Artikel 7.4a lid 3 Tw wordt daarom door de rechtbank onverbindend geacht. Ook wijst de rechtbank ACM nog op haar verplichting tot Unietrouw, op grond waarvan zij de verordening voorrang had moeten geven boven de Nederlandse wet.

De niet mis te verstane boodschap van de rechtbank is duidelijk aangekomen. ACM heeft inmiddels aangegeven op haar website geen hoger beroep te zullen instellen tegen de uitspraak. In reactie op Kamervragen daarover, heeft inmiddels ook de verantwoordelijke minister zich bij het oordeel van de rechter neer te leggen, en aangekondigd voorbereidingen te zullen treffen tot haar schrappen van het categorische verbod op prijsdiscriminatie.³ Het blijft uiteraard afwachten of de juridische realiteit ook tot het parlement is doorgedrongen.

Met dit alles is uiteraard niet gezegd dat T-Mobile's 'Datavrije Muziek'-aanbod is geoorloofd onder de verordening. Zoals uit overweging 7 bij die verordening blijkt, vergt dit een genuanceerde beoordeling, die inmiddels door BEREC is uitgewerkt in – door de verordening voorgeschreven – richtsnoeren (zie hiervoor r.o. 1.2 van de uitspraak). Deze beoordeling had ACM echter achterwege gelaten (omdat de Nederlandse wet die niet vergde).

Na de uitspraak van de rechtbank heeft de ACM aangegeven deze beoordeling onder de verordening alsnog uit te voeren.⁴

Zo op het eerste gezicht lijkt dat niet direct een nuttige of noodzakelijke besteding van ACM's middelen. Een factor waaraan blijkens de BEREC-richtsnoeren belang moet worden toegekend is of zero-rating alleen wordt toegepast op een specifieke app, of op een hele categorie. Uit de website van T-Mobile blijkt dat gebruikers kunnen kiezen uit een hele lijst van muziek-apps (die populaire muzikaanbieders als Spotify, Deezer en Tidal omvat) en dat andere muzikaanbieders zich kosteloos kunnen aanmelden. Daarnaast vormt het marktaandeel van de mobiele aanbieder een belangrijke factor in de beoordeling. T-Mobile neemt met enige afstand tot KPN en Vodafone een derde plaats in op de Nederlandse markt voor mobiel internet. Zij vervult op die markt ook de rol van een uitdager, zoals onder meer blijkt uit het feit dat zij als eerste gestart is met het aanbieden van onbeperkte databundels. Dat heeft bij de andere mobiele aanbieders al geleid tot aanzienlijke verruiming van de eigen databundels. Als die trend doorzet, zullen de meeste abonnees zich in de nabije toekomst geen zorgen meer maken of muziekstreamen op hun mobiel wel of niet tot meerkosten leidt, en behoort de discussie over zero-rating bij muziek hoe dan ook snel tot het verleden.

1 'Zero tolerance voor zero-rating', *Mediaforum* 2016-7, p. 181.

2 Verordening 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015, *PbEU* 2015 (L 310).

3 Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, *Aanhangsel Handelingen*, 1981.

4 'ACM overweegt nieuw onderzoek naar Datavrije Muziek T-Mobile', *Telecompaper* 21 april 2017.