

Waar loopt een internet-provider tegenaan bij de Netneutraliteitsregels?

Rechtspraak

Hanneke Kooijman*

Een overzicht van de Europese praktijk

De studie van Bird & Bird en Ecorys naar de implementatie van de Netneutraliteitsverordening in de EU biedt een gedetailleerd overzicht van alle besluiten die Europese toezichthouders op basis van deze verordening hebben genomen. Een mooie gelegenheid om een inkijkje te bieden in de concrete kwesties waar internetproviders mee te maken krijgen. Daarnaast heeft BEREC zeer recentelijk haar Netneutraliteits Guidelines aangepast. Wat zijn deze aanpassingen, en bieden ze antwoorden?

I. Ter achtergrond: de Netneutraliteitsverordening en de BEREC Guidelines

Eind 2015 zag de Europese Verordening tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang ("Netneutraliteitsverordening") het licht.¹ Met deze verordening werden belangrijke rechten voor alle eindgebruikers (dat wil zeggen consumenten én zakelijke gebruikers) van het internet op Europees niveau geïntroduceerd. Deze verordening streeft de bescherming van eindgebruikers na en beoogt tegelijkertijd de werking van het internet als "motor van innovatie"² te waarborgen. Het gaat hier om een verordening, en niet om een richtlijn. Met andere woorden, deze regelgeving streeft Europese uniformiteit na, zonder afwijkingen op nationaal niveau.

Dit zou je niet zeggen als je naar de tekst van de Netneutraliteitsverordening kijkt. De relevante onderdelen van deze verordening beslaan slechts enkele artikelen, die niet uitblinken in detail. Artikel 3 voorziet in een algemeen non-discriminatiebeginsel ten aanzien van content³, diensten, apparatuur en locatie bij gebruik van een internetdienst (lid 1). Commerciële voorwaarden (lid 2) en technische maatregelen (lid 3) van internetproviders ("providers") mogen dit algemene recht op een neutraal internet niet inperken. Artikel 4 voorziet in een aantal transparantieverplichtingen voor providers om eindgebruikers over de prestaties van de internetdienst te informeren, en biedt laatstgenoemde mogelijkheden om actie te ondernemen als deze prestaties niet worden behaald. Tot slot

wordt in artikel 5 aan nationale toezichthouders de taak gegeven om deze regels te handhaven. Dit lijkt op het eerste gezicht een lastige taak, vanwege de vage tekst in de verordening.

Dit probleem wordt opgelost door de Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules uit 2016 ("Guidelines"). Deze Guidelines zijn opgesteld door BEREC⁴, de overkoepelende organisatie van alle telecomtoezichthouders in de EU. Deze Guidelines werken de algemene verplichtingen en rechten van de Netneutraliteitsverordening uit in 45 pagina's aan gedetailleerde richtsnoeren. De Guidelines hebben een directe rechtsgrondslag in artikel 5 van de Netneutraliteitsverordening. Ze zijn niet bindend, maar nationale toezichthouders hebben wél de verplichting om er zoveel mogelijk rekening mee te houden.⁵ Daarnaast hechten ook rechters in de praktijk aan hetgeen in de Guidelines staat.⁶ Hierdoor hebben de Guidelines een grote mate van autoriteit, die in de praktijk bijna gelijk staat aan de tekst van de Netneutraliteitsverordening zelf. Elk advies over netneutraliteit begint bij de Guidelines van BEREC. Deze Guidelines zijn dan ook van grote waarde gebleken voor niet alleen toezichthouders, maar ook voor providers, content-aanbieders en de juristen die hen adviseren. Dit maakt dat er reikhalzend uitgekeken is naar de update van deze Guidelines. Deze is op 11 juni 2020 verschenen.

* Mr. H.L.A. Kooijman is advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

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.

2 Overweging 1, Netneutraliteitsverordening.

3 Online inhoud, zoals de inhoud van een WhatsAppbericht of een online video.

4 BEREC staat voor 'Body of European Regulators for Electronic Communications'.

5 Art. 4(4) van Verordening 2018/1971 van 11 december 2018 tot instelling van het Orgaan van Europese regulerende instanties voor elektronische communicatie (Berec) en het Bureau voor ondersteuning van Berec (Berec-Bureau), tot wijziging van Verordening (EU) 2015/2120 en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1211/2009.

6 Zie bijv. de uitspraak van de rechtbank Rotterdam inzake T-Mobile's Datavrije Muziek: Rb. Rotterdam 20 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2940, r.o. 6.6.

Update Guidelines – Overzicht

Op 11 juni 2020 publiceerde BEREC de nieuwe versie van de Guidelines. Deze Guidelines hebben een nieuwe naam: “**BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation**”. Deze naam doet meer recht aan het feit dat deze richtsnoeren niet alleen een belangrijke functie vervullen voor toezichthouders, maar ook voor alle partijen die te maken hebben met de regels omtrent netneutraliteit. Deze Guidelines zijn niet zozeer nieuw als wel op bepaalde punten toegelicht en uitgebreid. BEREC heeft goed opgemerkt dat zero rating een heet hangijzer blijft, en besteedt hier dan ook met name aandacht aan. Daarnaast heeft BEREC nieuwe technieken en diensten in de Guidelines verwerkt. Hieronder een overzicht van de belangrijkste wijzigingen in de Guidelines.

Paragraaf-nummer	Korte weergave van de inhoud
32a-32b	Beoordeling van <i>end point-based services</i> (zoals apps die ouderlijk toezicht mogelijk maken) in het licht van het non-discriminatiebeginsel
34-34d	Het hanteren van verschillende <i>Quality of Service</i> niveaus getoetst aan het non-discriminatiebeginsel
40, 42-42e, 48	Gedetailleerde richtsnoeren over de beoordeling van zero-rating initiatieven, met name <i>open-programme</i> zero-rating
77a-78c	Toelichting regels over technische maatregelen in relatie tot <i>data compression, DNS resolvers, access routers</i> en <i>end point-based services</i>
108a, 110a, 110b, 112	Extra uitleg over de vraag wanneer er een rechtvaardiging bestaat voor <i>specialised services</i>
138	Transparantieplichtingen bij een zero-rating aanbod
141-141b	Transparantieplichtingen voor vast internet over het mobiele netwerk
Annex	Stappenplan voor beoordeling zero-rating initiatieven

2. Studie naar implementatie van de Netneutraliteitverordening

Op 30 april 2019 publiceerde de Europese Commissie een gedetailleerde studie uitgevoerd door Bird & Bird en Ecorys.⁷ Deze *Study on the implementation of the open internet provisions of the Telecoms Single Market Regulation* (“studie”) analyseert besluiten van toezichthouders en uitspraken van nationale rechters in alle Europese lidstaten en Noorwegen. Zo biedt de studie een goed beeld van de implementatie en handhaving van de Netneutraliteitverordening in de EU. Ook geeft de studie een overzicht van de punten waarop nog onduidelijkheden, discussies of verschillen tussen lidstaten bestaan. De studie eindigt met een aantal aanbevelingen. De Europese Commissie heeft deze punten meegenomen in haar evaluatierapport van de Netneutraliteitverordening. Zij concludeerde dat de Netneutraliteitverordening geen wijzigingen behoefde.

7 Beschikbaar op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-implementation-open-internet>.

8 Report from the Commission on the implementation of the open internet access provisions of Regulation (EU) 2015/2120, 30 april 2019, COM (2019) 203.

BEREC heeft de studie onder andere gebruikt als input voor de gewijzigde Guidelines.⁸

In dit artikel worden de meest prangende discussies uit de studie besproken aan de hand van vragen uit de praktijk. Ook de aanpassingen in de Guidelines van 2020 worden hierin meegenomen. Deze discussiepunten worden onderverdeeld aan de hand van drie hierboven beschreven artikelen uit de Netneutraliteitverordening: artikel 3 (open internet), artikel 4 (transparantie) en artikel 5 (handhaving).

3. Vragen over het beginsel van een open internet (artikel 3)

- *Een provider wil graag zijn eigen modem-routercombinatie verplicht stellen. Naar zijn mening kan hiermee de kwaliteit van de internetdienst beter gewaarborgd worden. Is dit toegestaan onder het beginsel van open internet?*

Artikel 3 van de Netneutraliteitverordening voorziet in het beginsel van non-discriminatie. Dit beginsel geldt ook voor de eindapparatuur van de gebruiker. Valt een modem-routercombinatie onder het begrip ‘eindapparatuur’? Het overgrote deel van de eindgebruikers zal immers de apparatuur gebruiken die zijn provider hem opstuurt, en maar een klein deel zal de voorkeur geven aan een eigen modem en/of eigen router. Wat kwalificeert als eindapparatuur, is afhankelijk van de vraag waar het zogeheten *netwerkaansluitpunt* zich bevindt (vaak aangeduid met de term *network termination point*, “NTP”): bevindt de NTP zich op de plek waar de kabel eindigt, of bevindt de NTP zich na het modem en de router, of tussen modem en router in?

BEREC kan deze vraag niet met de Guidelines oplossen. De NTP wordt niet gedefinieerd in de Netneutraliteitverordening, maar in de Kaderrichtlijn.⁹ De Kaderrichtlijn definieert de NTP als ‘het fysieke punt waarop een abonnee toegang tot een netwerk wordt geboden’.¹⁰ Deze richtlijn laat het aan de lidstaten om te bepalen waar de NTP zich bevindt.

Gevolg is dat het per lidstaat verschilt of een provider modem en router verplicht kan stellen aan klanten, of dit alleen vrijblijvend kan aanbieden. Zo beschrijft de studie dat het providers in België is toegestaan om beperkingen hantieren in de keuze van een modem. België kent een certificeringssysteem voor modems, wat de stabiliteit van het netwerk en de interoperabiliteit van eindapparatuur zou bevorderen.¹¹ In Italië stelt de toezichthouder zich daarentegen op het standpunt dat routers en modems kwalificeren als eindapparatuur, en dat eindgebruikers daarom vrij zijn om deze apparaten zelf te kiezen. In een procedure van een aantal providers tegen dit standpunt, kreeg de toezichthouder in beide instanties gelijk.¹²

Dit verschil is terug te voeren op een meer fundamentele discussie. Aan de ene kant staat vrijheid voor de eindgebruiker centraal: hij kan immers het modem of de router kopen die hij wenst. Aan de andere kant, als deze apparaten onderdeel zijn van het openbare netwerk, kan de kwaliteit van deze apparaten mogelijk beter geborgd worden, en daarmee ook de stabi-

9 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

10 Kaderrichtlijn 2002/21 artikel d (bis).

11 Studie, p. 184.

12 Studie, p. 51.

liteit van het netwerk. Ook valt deze apparatuur zo onder de waarborgen van de netneutraliteitsregels.

In de nieuwe Europese Elektronische Communicatie Code¹³ (“EECC”) wordt het aan de toezichthouders opgedragen om de NTP te bepalen, in plaats van aan de lidstaten. Om toezichthouders hiermee te helpen, wordt aan BEREC de bevoegdheid gegeven om richtsnoeren te publiceren die toezichthouders moeten helpen om de NTP te bepalen.¹⁴ In haar richtsnoeren geeft BEREC aan dat toezichthouders rekening moeten houden met drie factoren: (1) de wettelijke bepalingen (2) de impact op de markt van eindapparaten en (3) de eventuele objectieve technologische noodzaak om deze eindapparatuur deel uit te laten maken van het netwerk.¹⁵ Uit deze richtsnoeren blijkt een zekere voorkeur voor het plaatsen van het netwerkaansluitpunt aan het einde van de kabel: dit zorgt voor de meeste innovatie en concurrentie.¹⁶

In Nederland is de situatie nog altijd onduidelijk. In 2017 leek de Staatssecretaris van Economische Zaken een besluit te hebben genomen: modem en router vallen onder het begrip ‘eindapparatuur’.¹⁷ Tijdens de consultatie van dit besluit kwamen hier een aantal reacties op die de staatssecretaris blijkbaar aan het denken zetten: er werd geen beleidsregel vastgesteld. Ondertussen werd de EECC aangenomen, en schoof de verantwoordelijkheid voor deze beslissing naar de ACM. De ACM gaf aan eerst de richtsnoeren van BEREC af te willen wachten, en geeft nu aan in 2021 een besluit te zullen nemen.¹⁸

Op 8 juli 2020 publiceerde de ACM de consultatieversie van haar Beleidsregel Netwerkaansluitpunt.¹⁹ De ACM neemt hier hetzelfde standpunt in als de staatssecretaris: het netwerkaansluitpunt bevindt zich daar waar de kabel in de woning van de eindgebruiker eindigt.²⁰ Daarmee vallen zowel router als modem binnen het begrip ‘eindapparatuur’.²¹ Dit heeft tot gevolg dat providers eindgebruikers niet mogen verplichten om de meegestuurde apparatuur te gebruiken. Providers hebben daarmee ook de verantwoordelijkheid om het voor eindgebruikers mogelijk te maken om hun eigen apparatuur op dit netwerkaansluitpunt aan te sluiten.²² Wel behouden providers de mogelijkheid om eindgebruikers af te sluiten ter bescherming van het netwerk.

De ACM heeft de NTP zo gekozen, omdat dit concurrentie en innovatie van fabrikanten van modems en routers zal stimuleren. Daarnaast heeft een (kleine maar) significante groep eindgebruikers de behoefte aan een eigen modem en/of router. Tot slot zorgt dit voor lagere overstapdrempels tussen providers: klanten kunnen bij een overstap hun apparatuur behouden. VodafoneZiggo heeft in een eerste reactie aangegeven modems als een essentieel onderdeel van het netwerk

te zien.²³ KPN biedt overigens al sinds begin dit jaar een vorm van vrije modemkeuze.²⁴

– *Een provider wil een nieuwe propositie introduceren: onbeperkt videostreaming. Abonnees kunnen voor een klein bedrag bovenop hun normale bundel onbeperkt video's streamen. De hoeveelheid data die hiermee verbruikt wordt, wordt niet meegerekend in de maandelijkse bundel. Tot nu toe is alleen YouTube aangesloten bij de dienst, maar de provider nodigt alle relevante partijen uit zich aan te sluiten. Deze zogeheten zero-rating dienst stopt zodra de capaciteit van de maandbundel bereikt is, en is overal in de EU geldig. Concurrenten van de provider bieden ook zero-rating diensten aan. De provider vraagt zich af hoe deze zero-rating dienst door de toezichthouders zal worden beoordeeld.*

Artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening voorziet in een strikt non-discriminatiebeginsel, ter bescherming van een open internet. Het tweede lid van dit artikel past dit beginsel toe op de commerciële aspecten van een internetdienst, zoals de contractuele voorwaarden. Het derde lid verplicht gelijke behandeling op een technisch niveau. Er bestond in Nederland lange tijd discussie over de vraag of zero-rating wel was toegestaan onder de netneutraliteitsregels. De Guidelines van BEREC hebben aan deze discussie effectief een einde gemaakt: zero-rating is toegestaan. Overigens ging dit blijken de T-Mobile procedures²⁵ niet zonder slag of stoot.

Dit neemt niet weg dat er nog altijd onduidelijkheden bestaan. BEREC laat in de Guidelines veel ruimte aan nationale toezichthouders voor een eigen afweging. BEREC adviseert de toezichthouder om bij de beoordeling van zo'n zero-rating aanbod een aantal factoren te wegen, zoals de specifieke applicaties die onder aanbod vallen, de marktpositie van de aanbieder en de eventuele marktpositie van de betrokken content-aanbieders. Toezichthouders moeten met gebruik van deze factoren afwegen in hoeverre de keuzes van eindgebruikers worden ingeperkt door het zero-rating aanbod van de provider.²⁶

Zero-rating initiatieven zijn populair onder providers én onder nationale toezichthouders. Blijkens de studie heeft geen enkel ander onderwerp dezelfde hoeveelheid onderzoeken en besluiten van toezichthouders opgeleverd.²⁷ Dankzij het overzicht dat de studie biedt, wordt duidelijk dat sommige gedragsregels breed gedragen worden onder toezichthouders. Daarnaast worden ook verschillen zichtbaar. Hieronder wordt een beeld geschetst van de wijze waarop zero-rating diensten worden beoordeeld onder de Europese netneutraliteitsregels.

13 Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking).

14 Artikel 61(7) van Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking).

15 BEREC Guidelines on Common Approaches to the Identification of the Network Termination Point in different Network Topologies, BoR (20) 46, 5 March 2020, p. 6.

16 EREC Guidelines on Common Approaches to the Identification of the Network Termination Point in different Network Topologies, BoR (20) 46, 5 March 2020, p. 11.

17 Ministerie van Economische Zaken, Beleidsregel netwerkaansluitpunt 2017, beschikbaar op: https://www.internetconsultatie.nl/beleidsregel_netwerkaansluitpunt.

18 Autoriteit Consument en Markt, bericht op [Consuwijzer.nl](https://www.consuwijzer.nl/telefoon-internet-en-tv/internet-keuze-netneutraliteit-ensnelheid/jk-wil-mijn-eigen-modem-gebruiken-mag-dat): <https://www.consuwijzer.nl/telefoon-internet-en-tv/internet-keuze-netneutraliteit-ensnelheid/jk-wil-mijn-eigen-modem-gebruiken-mag-dat>.

19 Autoriteit Consument en Markt, 8 juli 2020, Beleidsregel Netwerkaansluitpunt (consultatieversie).

20 ACM Beleidsregel netwerkaansluitpunt, artikel 2.1.

21 ACM Beleidsregel netwerkaansluitpunt, artikel 2.3.

22 Dit heeft met name gevolgen voor glasvezelnetwerken, waar de glasvezelkabel nog wel eens direct afgemonteerd is op een door de provider geleverd modem.

23 Telecompaper, 15 juli 2020 'VodafoneZiggo wijst vrije modemkeuze af'.

24 <https://www.kpn.com/service/internet/wifi-en-modems/eigen-modem-instellen-en-gebruiken.htm>.

25 Rb. Rotterdam 20 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2940 en Rb. Rotterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:414.

26 Guidelines, par. 46-48.

27 Studie, p. 40.

Zero-rating dienst mag niet doorlopen als hoofdbundel op is

De eerste gedragsregel is dat een zero-rating dienst niet mag doorlopen, zodra de hoofdbundel van de eindgebruiker verbruikt is. Dit zou de vrije keuze van eindgebruikers teveel aantasten, aangezien eindgebruikers vanaf dat moment de facto alleen gebruik zouden maken van de zero-rating content. De studie haalt besluiten aan van toezichthouders in Hongarije, Zweden en Portugal die providers hiervoor op de vingers hebben getikt.²⁸ Het is niet verwonderlijk dat deze gedragsregel zo breed gedragen wordt: dit is een van de weinige kenmerken van een zero-rating dienst waarvan BEREC specifiek vindt dat dit de netneutraliteit aantast.²⁹

Non-discriminatie in EU-gebruik

Een tweede gedragsregel die breder gedragen wordt onder nationale toezichthouders, is dat een zero-rating abonnement buiten het 'thuisland' gelijk behandeld moet worden. Er mag niet worden beknibbeld op de kwaliteit van deze dienst in andere EU-landen.³⁰ Dit volgt uit besluiten van de toezichthouders in Portugal, Duitsland en België.³¹ In zekere zin is het logisch dat ook deze regel breed gedragen wordt: dit is een directe uitwerking van het non-discriminatiebeginsel.

In Duitsland is het besluit van de toezichthouder op dit punt getoetst bij de rechter, en correct bevonden. Het ging in deze zaak om het StreamOn-abonnement van Deutsche Telekom, waarbij onder andere data geassocieerd met videostreaming niet meetelden voor de hoofdbundel. Videostreaming kost een provider echter een behoorlijke hoeveelheid aan internetverkeer. Het was daarom wellicht niet verwonderlijk dat Deutsche Telekom de videokwaliteit beperkte tot SD, en het zero-rating aanbod geografisch beperkte tot Duitsland. De BundesNetzAgentur droeg Deutsche Telekom op deze kenmerken van StreamOn aan te passen. De rechter in de daaropvolgende spoedprocedure was het met de BundesNetzAgentur eens.³²

We hebben tot nu toe aspecten van zero-rating initiatieven besproken waarover toezichthouders het eens waren. Er zijn echter ook belangrijke punten waarop toezichthouders niet dezelfde mening zijn toegedaan, zo blijkt uit de studie. Twee van deze punten worden hieronder besproken.

Hoe selecteert de provider apps voor zijn zero-rating aanbod?

Een zero-rating aanbod behelst naar zijn aard een selectie van internetverkeer: immers, maar een deel van het verkeer telt niet mee voor de hoofdbundel – anders zou het simpelweg om een algemene onbeperkte internetbundel gaan. De wijze waarop deze selectie wordt gemaakt, moet wel voldoen aan de Netneutraliteitsverordening. Zoals hierboven beschreven, adviseert BEREC toezichthouders om een aantal factoren af te wegen. Maar hoe maak je als provider een selectie die de beoordeling van de toezichthouders zal doorstaan? Zoals

hieronder zal blijken, verschilt deze beoordeling in de praktijk nogal eens.

Sommige toezichthouders zijn van mening dat zero-rating van exclusieve groepjes van slechts één of enkele apps niet is toegestaan. Zo rekende de Hongaarse toezichthouder NMHH het provider Magyar Telekom aan dat zij zero-rating aanbod voor slechts twee online televisiediensten. Ook provider Telenor Magyarorszag werd op de vingers getikt vanwege de keuze voor twee exclusieve groepjes van vier muziekstreamingapps en zes socialmedia-apps.³³ De Hongaarse toezichthouder kwam tot de conclusie dat de providers het non-discriminatieprincipe hadden geschonden. Magyar Telekom had een discriminerende categorie gekozen, door enkel voor televisie te kiezen. Diensten met vergelijkbare content (zoals videostreaming) werden zo uitgesloten. Beide providers werd het aangerekend dat ze binnen de gekozen categorieën willekeurig onderscheid maakten tussen apps die wél onder het aanbod vielen en apps die erbuiten vielen.³⁴ Ook in Nederland keek de ACM nauwgezet naar de afbakening van de categorie 'muziek' en selectie van apps voor T-Mobile's Datavrije muziek.³⁵

Vergelijk dit met de wijze waarop twee zero-rating initiatieven van Proximus door de Belgische autoriteit BIPT werden beoordeeld. Het eerste zero-rating aanbod hield in dat gebruikers konden kiezen voor zero-rating van één van de volgende apps: Facebook, WhatsApp, Snapchat, Instagram, Twitter en Pokémon Go. Hoewel de BIPT zich bewust was van de machtige marktpositie van deze apps, kwam zij tot de conclusie dat eindgebruikers niet ingeperkt werden in hun keuzes. Het tweede zero-rating initiatief dat de BIPT goedkeurde betrof een dienst waarbij contentaanbieders eindgebruikers' datagebruik voor hun eigen app konden 'sponsoren'. Dit initiatief is later door de provider zelf stopgezet.³⁶

Uit deze verschillen blijkt wel hoe lastig het is als provider om vooraf te bepalen of een nieuw zero-rating aanbod de netneutraliteitsregels zal schenden.

Lossen de nieuwe Guidelines dit probleem op?

De Guidelines zijn recentelijk aangepast. De belangrijkste aanvullingen die BEREC heeft gedaan, zien op zero-rating. BEREC biedt toezichthouders een meer gedetailleerd kader voor de beoordeling van zero-rating initiatieven. BEREC biedt ook meer hulp bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre de keuze van eindgebruikers praktisch wordt ingeperkt in het licht van de marktposities van de provider en contentaanbieders. Hierbij kijkt BEREC nu ook nadrukkelijk naar de toepasselijke commerciële voorwaarden en selectieprocedures.

De extra uitleg van BEREC ziet op twee punten. Ten eerste legt BEREC uit hoe zogeheten 'open programme zero-rating' beoordeeld moet worden. Dit betekent dat een open categorie aan diensten onder de zero-rating valt, zoals muziek, videostreaming of social media.³⁷ BEREC maakt duidelijk dat deze vorm van zero-rating eerder acceptabel is onder de netneutraliteitsregels dan vormen van zero-rating die slechts zien

28 Studie, p. 280, 356, 398-400.

29 Guidelines, par 41. Overigens lijkt A-G Campos Sánchez-Bordona deze lijn te bevestigen in zijn conclusie van 4 maart 2020 in de gevoegde zaken C-807/18 en C-39/19. Deze conclusie wordt hierna in meer detail besproken.

30 Technisch gezien gaat het hier om de Europese Economische Ruimte: EU + Noorwegen, Liechtenstein en IJsland.

31 Studie, p. 189, 280, 356.

32 Studie, p. 280 en Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster, 15 juli 2017, Aktenzeichen 13 B 1734/18.

33 Studie, p. 280.

34 Studie, p. 281.

35 Besluit op bezwaar handhavingsverzoek Bits of Freedom, Autoriteit Consument en Markt, 8 februari 2018.

36 Studie, p. 188.

37 Guidelines 2020, par. 42.

op individuele apps of exclusieve groepjes van apps.³⁸ Vervolgens introduceert BEREC een aantal vragen waaraan toezichthouders dergelijke *open programme* zero-rating kunnen toetsen. Zoals de vraag of het initiatief open is voor daadwerkelijk alle contentaanbieders binnen de categorie, de vraag of de voorwaarden redelijk en non-discriminatoir zijn, en de vraag of alle contentaanbieders gelijkwaardig worden behandeld in de aanmeldprocedure.³⁹ Ten tweede biedt BEREC praktische hulp bij de beoordeling van zero-rating initiatieven: BEREC heeft een stappenplan aan de Guidelines toegevoegd, die toezichthouders stap voor stap door de beoordeling van een zero-rating dienst heen loodst.⁴⁰ Deze aanpassingen vormen een belangrijke verbetering van de Guidelines, die het voor toezichthouders én providers makkelijker maakt om te bepalen of een dienst in lijn is met de netneutraliteitsregels. Kortom, BEREC heeft belangrijke stappen gezet om de onduidelijkheid over de beoordeling van zero-rating op te lossen.

Moeten zero-rating diensten beoordeeld worden onder lid 2 of lid 3?

Het tweede punt van onduidelijkheid ten aanzien van zero-rating ziet niet op het toestaan of verbieden van een zero-rating aanbod. Het ziet op de vraag *hoe* zero-rating aanbod beoordeeld moet worden: onder lid 2 of onder lid 3 van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening? Dit is niet om het even, aangezien de beoordeling onder beide leden verschilt. Het tweede lid ziet op de commerciële aspecten van de internetdienst. Om de dienst te beoordelen, moet de toezichthouder in het licht van de doelstelling van de Netneutraliteitsverordening afwegen wat de gevolgen van een dienst zijn voor de rechten van eindgebruikers. Het derde lid heeft betrekking op technische maatregelen. De dienst wordt onder dit lid getoetst aan een non-discriminatieverbod, dat slechts voorziet in een aantal beperkte uitzonderingsgronden. De toezichthouder hoeft hier slechts te kijken of de dienst gebruik kan maken van één van deze uitzonderingen.

Wanneer is welke beoordeling van toepassing? Toezichthouders gaan hier verschillend mee om, zo blijkt uit de studie.

In Zweden werd het zero-rating aanbod *Telia Free Surf* door de toezichthouder alléén beoordeeld als een technische maatregel onder lid 3. De toezichthouder beschouwde het doorlopen van het zero-rating abonnement nadat de hoofdbundel op was, als een technische maatregel (lid 3), in plaats van als een commerciële voorwaarde (lid 2). De rechter in de daaropvolgende procedure bevestigde deze aanpak.⁴¹ In Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk daarentegen werden zero-rating diensten alleen als een commerciële voorwaarde onder lid 2 beoordeeld.⁴² In Nederland betrok de ACM zowel het tweede en derde lid bij haar beoordeling, maar toetste éérst aan het non-discriminatiebeginsel van het derde lid, voordat zij de impact op de eindgebruikersrechten onder het tweede lid onderzocht.⁴³

Deze discussie over lid 2 versus lid 3 kwam tot een hoogtepunt in Hongarije. Zoals hierboven al aan de orde kwam, bestrafte de toezichthouder zowel Magyar Telekom als Telenor

voor een zero-rating aanbod dat discrimineerde tussen apps. Bovendien liep het aanbod door, nadat het hoofdabonnement al geëindigd was. De toezichthouder beoordeelde deze diensten enkel als technische maatregelen onder lid 3, en was dan ook snel klaar: omdat deze diensten alleen waren ingegeven door commerciële overwegingen, konden de providers niet terugvallen op het beperkte rijtje uitzonderingen onder het derde lid. Dus waren de diensten in strijd met de Netneutraliteitsverordening. Magyar en Telenor vonden dat de diensten daarentegen onder het tweede lid beoordeeld hadden moeten worden, dat meer ruimte laat voor een afweging van de omstandigheden van het geval.⁴⁴

De zaak van Telenor ligt momenteel bij het Hof van Justitie.⁴⁵ De verwijzende Hongaarse rechter vraagt het Hof naar de verhouding tussen lid 2 en lid 3, en vraagt hoe toezichthouders tussen beide moeten kiezen. Advocaat Generaal Sanchez-Bordona heeft zijn conclusie al uitgebracht.⁴⁶ Hij is van mening dat beide artikelleden wegen zijn naar hetzelfde doel: het open internet waarborgen. Het maakt volgens hem voor de uiteindelijke gevolgen dus niet uit onder welk lid een aanbod beoordeeld wordt. Wel stelt de A-G vast dat non-discriminatie een noodzakelijke voorwaarde is voor het waarborgen van dit open internet, waardoor altijd *eerst* aan het derde lid moet worden getoetst. Als het aanbod deze beoordeling doorstaat, moet het beoordeeld worden onder lid 2. In theorie zou de positie van de A-G (dat het niet uitmaakt of lid 2 of lid 3 gebruikt wordt) natuurlijk moeten kloppen. Toch kan je je niet aan de indruk onttrekken dat toezichthouders zich er zo vaker 'makkelijk' vanaf kunnen maken door het gewoon te laten bij een beoordeling onder het derde lid.

Het is afwachten wat het Hof van Justitie zal oordelen. De nieuwe Guidelines hebben overigens geen duidelijke voorkeur voor lid 2 of lid 3 van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening.

– *Een provider biedt een softwareprogramma voor ouderlijk toezicht aan als add-on bij zijn reguliere internetabonnement. Krijgt hij dan te maken met de netneutraliteitsregels?*

Ja. Het gaat hier om een zogeheten *end point-based* dienst. Dit is een dienst die op technisch niveau wordt uitgevoerd op de computer van de eindgebruiker.⁴⁷ Voorbeelden van end point-based diensten zijn programma's voor ouderlijk toezicht, maar ook veiligheidsprogramma's zoals virusscanners en firewalls.

De aangepaste Guidelines maken duidelijk dat deze provider in twee situaties te maken krijgt met de netneutraliteitsregels: wanneer de end point-based dienst onderdeel uitmaakt van de overeenkomst betreffende het internetabonnement, en wanneer deze dienst in aanvulling op het internetabonnement wordt aangeboden.⁴⁸ De end point-based dienst kan in dit soort gevallen gezien worden als onderdeel van de "overeenkomst over commerciële en technische voorwaarden en de kenmerken van de internettoegangsdienst" in de zin van artikel 3(2) van de Netneutraliteitsverordening. Als de provider de

38 Guidelines 2020, par. 42-42a.

39 Guidelines 2020, par. 42b-42e.

40 Annex bij Guidelines 2020.

41 Studie, p. 398-400.

42 Studie, p. 338, 406-407.

43 Besluit op bezwaar handhavingsverzoek Bits of Freedom, Autoriteit Consument en Markt, 8 februari 2018.

44 Studie, p. 282.

45 Zaaknr. C-807/18 en C-39/19.

46 Concl. van A-G Campos Sánchez-Bordona van 4 maart 2020, gevoegde zaken C-807/18 en C-39/19 (*Telenor Magyarország Zrt./Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*).

47 Guidelines, par. 78.

48 Guidelines, par. 32a.

dienst los verkoopt, of als de eindgebruiker deze software zelf installeert of afneemt bij een derde partij, zijn de netneutraliteitsregels niet van toepassing.⁴⁹ Dit is in zekere zin logisch: zo ver reikt de Netneutraliteitsverordening nu eenmaal niet. Desondanks is het opvallend dat providers hier aan een hogere standaard worden gehouden voor het aanbieden van dezelfde diensten.

Kort gezegd is de end point-based dienst in overeenstemming met de netneutraliteitsregels, als:

- de eindgebruiker volledige controle over de instellingen van de dienst heeft;
 - de standaardinstellingen van de dienst voldoen aan het non-discriminatiebeginsel; en
 - de voorwaarden van de dienst onafhankelijk zijn van de soort content die wordt gefilterd.⁵⁰
- *Een collectieve beheersorganisatie sleept een concurrent van een provider voor de rechter om een website te laten blokkeren die auteursrechten zou schenden. De beheersorganisatie krijgt gelijk. Is dit voldoende reden voor de provider om ook zelf deze website te blokkeren? Of schendt dit de netneutraliteitsregels?*

Er bestaat slechts een beperkt aantal situaties waarin een provider technisch onderscheid mag maken tussen internetverkeer. Artikel 3, derde lid van de Netneutraliteitsverordening stelt dat dit alleen mag in de volgende situaties:

- om te voldoen aan wetgeving, rechterlijke uitspraken of overheidsbesluiten; of
- om de integriteit en veiligheid van het netwerk, de diensten en de eindapparatuur te beschermen; of
- om netwerkcongestie te voorkomen en de effecten van uitzonderlijke of tijdelijke congestie te beperken.

Wanneer is er sprake van een rechterlijke uitspraak in de zin van het derde lid? In principe geldt een rechterlijke uitspraak alleen voor de partij die in rechte is betrokken. Betekent dit dat de auteursrechthebbende tegen alle providers moet procederen, om een website die zijn auteursrechten schendt volledig te blokkeren? Zo nee, is één rechterlijke uitspraak tegen één provider afdoende?

Deze discussie speelt al een tijd in Nederland.⁵¹ Mogelijk geeft de recente uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in de *Pirate Bay/XS4All*-saga een antwoord.⁵² In deze uitspraak verwerpt het hof het argument van XS4all dat zij volgens de netneutraliteitsregels een rechterlijke uitspraak nodig heeft, voordat ze een website kan blokkeren. Het hof wijst erop dat 'wetgeving' ook een uitzonderingsgrond vormt. Onder dit begrip valt volgens het hof ook het wettelijke voorschrift dat inbreuken op het auteursrecht verbiedt.⁵³

Ter voorkoming van een vloed aan rechtszaken is deze redenering te begrijpen. Desondanks maakt dit de positie van de provider niet gemakkelijker. Die moet, op straffe van overtreding van de netneutraliteitsregels, gaan beoordelen of een bepaalde website inbreuk maakt op het auteursrecht van de verzoekende partij. Pas als hij denkt dat dit het geval is, voldoet hij aan de uitzondering van artikel 3, derde lid van de

Netneutraliteitsverordening. Zo moet de provider in feite zelf voor rechter spelen.

4. Vragen over transparantieplichtingen

In artikel 4 van de Netneutraliteitsverordening staan transparantievereisten. Dit artikel vereist dat de provider in zijn contracten duidelijke uitleg opneemt over:

- de technische verkeersmaatregelen die hij neemt;
- de beperkingen die hij doorvoert ten aanzien van volume, snelheid en andere kwaliteitsaspecten; en
- de verschillende internetsnelheden die de eindgebruiker kan verwachten.

Deze informatie moet niet alleen in de contracten worden opgenomen, maar ook worden gepubliceerd (op bijvoorbeeld de website).

- *Een provider biedt een mobiel internetabonnement aan, waarbij klanten elke maand gebruik kunnen maken van een onbeperkt aantal GB's. De provider brengt wél een beperking aan voor gebruik van deze dienst in de EU, zodat de dienst niet misbruikt wordt door klanten die permanent in het buitenland verblijven. Voor gebruik in de EU geldt een beperking van een maximaal aantal GB's. De provider vermeldt dit in zijn algemene voorwaarden, en op zijn website bij de FAQ's. Handelt deze provider in overeenstemming met de transparantievereisten uit de Netneutraliteitsverordening?*

De Guidelines maken duidelijk dat een beperking van de grootte van de bundel bij EU-gebruik een kenmerk is waarover de gebruiker geïnformeerd moet worden.⁵⁴ De BEREC Guidelines leggen uit wanneer de gepubliceerde informatie 'duidelijk en begrijpelijk' is in de zin van artikel 4 van de Netneutraliteitsverordening. De informatie moet eenvoudig te vinden zijn, en mag geen verkeerde indruk wekken over de dienst.⁵⁵

Dat de bovengenoemde casus in de praktijk zeer verschillend kan worden beoordeeld, blijkt uit de volgende twee zaken. De Bulgaarse provider Telenor laat na om op zijn website te vertellen dat het internetgebruik vertraagd wordt, zodra de klant een bepaald aantal GB's heeft verbruikt. De Bulgaarse toezichthouder bestraft dit gedrag onder de netneutraliteitsregels met een boete van € 250, omdat duidelijke en begrijpelijke informatie over deze vertraging ontbreekt. De Bulgaarse rechter verwerpt deze boete in eerste en tweede instantie, omdat informatie over deze maatregel wél te vinden is in de algemene voorwaarden.⁵⁶

Een vergelijkbare feitelijke situatie speelde in Nederland. Providers T-Mobile en Tele2 verstrekken op hun website informatie over het datamaximum voor EU-gebruik van onbeperkte abonnementen. Deze informatie is ook opgenomen in het bestelproces op de website. Echter, de ACM beboet deze providers, omdat zij vindt deze informatie onvoldoende zichtbaar is. De boetes hiervoor bedragen bijna € 2 miljoen voor T-Mobile en bijna € 1,5 miljoen voor Tele2.⁵⁷

49 Guidelines, par. 78b.

50 Guidelines, par. 32b.

51 Studie, p. 76 en 79.

52 Hof Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1421.

53 Hof Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1421, par. 3.16.

54 BEREC Guidelines, pt. 137.

55 BEREC Guidelines, pt. 130.

56 Studie, p. 196-197.

57 Autoriteit Consument en Markt, besluiten van 13 september 2019. KPN en VodafoneZiggo zijn in besluiten van dezelfde datum tevens beboet voor vermeende gebreken in de informatievoorziening op hun website. De bodemprocedures over deze besluiten zijn nog aanhangig.

Opvallend is dat de ACM ervoor koos om de verstrekte informatie niet te toetsen aan artikel 4 van de Netneutraliteitsverordening, maar aan de regels omtrent oneerlijke handelspraktijken.⁵⁸ De ACM stelde zich op het standpunt dat de informatie over het datamaximum onvoldoende duidelijk was, waardoor er sprake was van misleidende informatie in de zin van artikel 6:193c BW. De ACM betrok bij haar oordeel alléén die informatie die zichtbaar was tijdens het bestelproces, en niet de informatie in de algemene voorwaarden of op andere pagina's op de website.

Zeker waar het gaat om transparantievereisten, moeten providers erop letten dat één en dezelfde uiting over een internetdienst moet voldoen aan verschillende regelgeving. Dit zullen vaak de regels over netneutraliteit zijn, in combinatie met de consumentenregels en het reclamerecht. Dit wordt mogelijk nog ingewikkelder, wanneer de EECC is geïmplementeerd in december 2020. Ook de EECC legt transparantieverplichtingen op, waaronder een verplichting voor providers om informatie over de belangrijkste kenmerken van de dienst op een "duidelijke, volledige" manier te publiceren.⁵⁹

Kortom, het kan voor een provider lastig zijn om te bepalen wat het verschil is tussen "duidelijke informatie" onder de netneutraliteitsregels en "duidelijke informatie" onder de consumentenregels.

- *Een provider biedt een vaste internetdienst aan inwoners in de buitengebieden aan via het mobiele netwerk. Daarnaast biedt deze provider ook een vaste internetdienst aan waarbij, in het geval van een storing in het vaste netwerk, automatisch wordt overgeschakeld naar het mobiele netwerk. Welke internetsnelheden moet de provider publiceren?*

Artikel 4(1)(d) van de Netneutraliteitsverordening schrijft voor dat een provider informatie moet geven over de snelheden die zijn internetdienst haalt. Welke internetsnelheden hij allemaal moet mededelen, is afhankelijk van het soort netwerk. Voor vaste netwerken geldt dat de minimale, de normaliter beschikbare, de maximale én de geadverteerde download- en uploadsnelheid vermeld moet worden. Voor mobiele netwerken zijn deze verplichtingen beperkter: alleen de geraamde maximale en geadverteerde download- en uploadsnelheid moeten worden vermeld. Hoe zit dit bij bovengenoemde diensten?

De aangepaste Guidelines leggen dit uit. De internetdienst voor de buitengebieden is volledig gebaseerd op het mobiele netwerk, en kwalificeert daarom als *Fixed Wireless Access*. Het is aan de toezichthouder om te bepalen of dit netwerk moet voldoen aan de 'vaste' of 'mobiele' transparantievereisten. BEREC geeft aan waar de toezichthouder dan rekening mee kan houden. Wanneer de provider het internet op een vaste locatie levert met gebruik van specifieke apparatuur en hij reserveert hier bepaalde capaciteit voor, dan vindt BEREC dat deze dienst zodanig op vast internet lijkt dat het ook dient te voldoen aan de strengere transparantievereisten voor internetsnelheid.⁶⁰

De internetdienst die mobiel internet slechts als achtervang gebruikt, vormt in feite een hybride dienst: een combinatie van een vaste internetdienst met een mobiele internetdienst in één abonnement. BEREC is van mening dat de wijze waarop het product aangeboden wordt, uitmaakt voor het transparantieregime waaronder het abonnement valt. Is er sprake van één abonnement, op een vaste locatie, dat wordt verkocht als een vaste internetdienst? Dan geldt het regime voor vast internet. Is er sprake van een add-on dienst die apart wordt verkocht als mobiele internetdienst? Dan is het lichtere regime van mobiel internet van toepassing.⁶¹

5. Vragen over monitoring

- *Een eindgebruiker (consument) laat zijn internetverkeer via een VPN-dienst lopen. Hij heeft het vermoeden dat zijn internetdienst om deze reden vertraagd wordt, omdat de internetsnelheid significant toeneemt zodra hij zijn VPN-dienst (tijdelijk) uit zet. Echter, de eindgebruiker weet niet hoe hij definitief kan aantonen dat hier sprake is van een beperkende technische maatregel die in strijd is met het non-discriminatiebeginsel uit de Netneutraliteitsverordening.*

Artikel 4(4) van de Netneutraliteitsverordening neemt deze eindgebruiker in bescherming. Elke voortdurende of regelmatig voorkomende significante discrepantie tussen de werkelijke prestaties van een internetdienst en de prestaties zoals deze worden beschreven door de provider, komt neer op een tekortkoming in de nakoming in het civiele recht in de lidstaat van de eindgebruiker. Deze discrepantie moet dan wel worden vastgesteld door middel van een door de nationale toezichthouder gecertificeerd mechanisme voor toezicht. De Guidelines geven toezichthouders tips over hoe zo'n mechanisme eruit kan zien. Hierbij is van belang dat externe factoren die niet in het bereik van de provider liggen, zoals de omgeving van de gebruiker, zoveel mogelijk worden weggedacht.⁶² BEREC heeft zelfs een speciaal rapport gewijd aan de wijze waarop de kwaliteit van een internetdienst kan worden gemeten.⁶³

Uit de studie blijkt dat in een groot deel van de lidstaten deze theorie nog wel eens verschilt van de realiteit. Eindgebruikers kunnen in deze landen niet volledig gebruikmaken van de hierboven beschreven rechten. Een kwart van alle toezichthouders in de EU heeft geen monitoring mechanisme aangewezen. En nog eens 40% van de toezichthouders heeft wel een monitoring mechanisme aangewezen, maar dit niet gecertificeerd. Daarbij komt dat nog eens twee lidstaten wel een gecertificeerd mechanisme kennen, maar geen interpretatie geven van wat zij dan zien als een 'significante discrepantie tussen de gepubliceerde en de werkelijke prestaties van een internetdienst'. Kortom, in slechts 5 van de 28 lidstaten kan een eindgebruiker een effectief beroep doen op zijn rechten onder artikel 4(4) van de Netneutraliteitsverordening.⁶⁴

Hoe zit dit in Nederland? De studie geeft aan dat in Nederland twee monitoringsmechanismen van derde partijen zijn aangewezen (namelijk Measurement Lab⁶⁵ en Speedtest⁶⁶). De ACM heeft echter nog geen mechanisme gecertificeerd. De

58 Art. 6:193a e.v. BW.

59 Art. 103 en Annex IX van Richtlijn 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking).

60 Guidelines, par. 141a.

61 Guidelines, par. 141b.

62 Guidelines, par 164.

63 BEREC, 2014 Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality.

64 Studie, p. 115-116.

65 <https://www.measurementlab.net/>.

66 <https://www.speedtest.net/nl>.

studie geeft aan dat de ACM een door BEREC ontwikkeld monitoringsmechanisme afwacht.⁶⁷ Het is onduidelijk of BEREC ook daadwerkelijk een mechanisme gaat ontwikkelen, aanzien BEREC in haar rapport uit 2017 de bal terugkaatst naar de toezichthouders.⁶⁸ BEREC stelt zich (geheel conform de Netneutraliteitsverordening) op het standpunt dat toezichthouders zélf een mechanisme moeten aanwijzen en certificeren, en verwerpt de suggestie dat zij hierin een rol zou moeten spelen.⁶⁹ Kortom, BEREC en de ACM lijken hier naar elkaar te wijzen, ten koste van de eindgebruiker.

Wat als een eindgebruiker – bij gebreke aan een eenvoudige civiele route – een klacht indient bij de toezichthouder zelf? De studie geeft in een opvallend tabelletje aan dat toezichthouders die wél een norm hebben gesteld voor ‘significante discrepantie’ in de zin van artikel 4(4), onderling flink van mening verschillen. Zo vindt de Tsjechische toezichthouder dat er pas sprake is van een discrepantie in het vaste internet bij een prestatie van minder dan 50% van de normaal beschikbare snelheid, gemeten over één dag. Vergelijk dit met de Duitse toezichthouder, die minder dan 90% van de maximale snelheid, gemeten over twee dagen, al kwalificeert als een discrepantie die neer zou komen op niet-nakoming door de provider.⁷⁰

6. Vragen over handhaving

- Een provider wil een nieuw product uitrollen, maar is niet zeker of dit in overeenstemming is met de Netneutraliteitsverordening. Deze provider is in een aantal EU-landen actief. Wat is zijn handhavingsrisico?

Zoals gebruikelijk is bij Europese regelgeving, stelt artikel 6 van de Netneutraliteitsverordening niet veel eisen aan de handhaving door lidstaten. Sancties moeten enkel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De Guidelines laten de handhaving ook volledig aan de lidstaten over.

De studie biedt een welkom inzicht in de aanpak van verschillende lidstaten. Sommige lidstaten, zoals Nederland, hebben een voorkeur voor een informele route. De toezichthouder corrigeert het gedrag van providers door middel van aanwijzingen (eventueel met hulp van een persbericht), zonder het direct op een besluit of een boete aan te laten komen.⁷¹ Vergelijk dit met de Tsjechische toezichthouder, die reeds 17 besluiten heeft genomen op basis van de Netneutraliteitsverordening.⁷² Ook de maximale hoogte van boetes verschilt enorm per lidstaat: dit varieert van 10% van de omzet (NL) tot 2% (ROE) en van 2,5 miljoen in vaste boetebedragen (ITA) tot enkele honderdduizenden euro's (FRA).⁷³ Zoals de studie terecht opmerkt, hoeven deze verschillen in aanpak desondanks niet tot mindere handhaving van de Netneutraliteitsverordening te leiden.⁷⁴ Dit is waarschijnlijk juist, maar deze enorme verschillen maken het providers niet makkelijk om het handhavingsrisico goed in te schatten.

7. Conclusie

Dit artikel bevat een overzicht van allerlei praktische kwesties waar providers in Europa mee te maken krijgen, wanneer ze de netneutraliteitsregels willen naleven. Hieruit blijkt dat er nog discussiepunten bestaan. Voor zover dit tot rechts-onzekerheid leidt bij providers, dragen de Guidelines in grote mate bij aan het verminderen van deze rechtsonzekerheid. Waar nog onzekerheid bestaat, heeft dit vaak te maken met het feit dat de bevoegdheid op dat punt bij de lidstaten of nationale toezichthouder ligt.

Verder zou deze conclusie niet compleet zijn zonder enkele gedachten over de discussiepunten waar onze fictieve provider mee te maken kreeg. Daarbij betrek ik ook de aanbevelingen uit de studie.⁷⁵

- *Network Termination Point*: Het blijft verwarrend dat de NTP per lidstaat verschilt. De studie is van mening dat deze verschillen een negatieve impact hebben op de effectiviteit van de Netneutraliteitsverordening. De studie beveelt een nader onderzoek naar deze impact aan. Dit lijkt mij een goede aanpak.
- *Zero-rating*: De vernieuwde Guidelines helpen enorm bij de beantwoording van de vraag of een specifiek zero-rating initiatief de test van de netneutraliteitsregels zal doorstaan. Dit geldt in het bijzonder voor *open programme zero-rating*. Daarnaast zal de uitspraak van het Hof van Justitie over de ‘lid 2 of lid 3’-discussie niet lang meer op zich laten wachten.
- *Rechterlijke uitspraak van derde partij rechtvaardiging voor blokkade*: Dit blijft onduidelijk voor providers én rechtshouders. De studie beveelt aan dat providers in dit soort gevallen de keuze zouden moeten krijgen om een blokkade in te stellen. Ik vraag me af of dit werkt: vanwege het belang van reputatie en klanten zullen providers vermoedelijk beperkt gebruikmaken van deze mogelijkheid. Extra uitleg van BEREC op dit punt is wenselijk.
- *Overlappende regelgeving*: De studie beveelt aan dat de beginselen van ‘effectiviteit’, ‘efficiëntie’ en ‘proportionaliteit’ anders worden uitgelegd waar het gaat om zakelijke afnemers ten opzichte van consumenten. Dit zou met name gelden voor de transparantieregels. Ik onderschrijf deze aanbeveling. Dit zou het mogelijk maken dat de netneutraliteitsregels, waar het gaat om consument-eindgebruikers, beter kunnen aansluiten bij het bestaande consumentenrecht.

De ontwikkeling van internetdiensten gaat snel. Dit maakt dat regulering van deze diensten het risico loopt om snel te verouderen. De Guidelines vormen een belangrijke waarborg om dit te voorkomen. Desondanks zullen er altijd nieuwe vragen ontstaan over netneutraliteit, in het licht van deze onvermijdelijke ontwikkelingen. Mede daarom is de studie van Bird & Bird en Ecorys bijzonder waardevol – omdat die helpt deze vragen helder te krijgen.

67 Studie, p. 331.

68 BEREC Report on the outcome of consultation on the Draft Net Neutrality Regulatory Assessment Methodology (2017).

69 BEREC Report on the outcome of consultation on the Draft Net Neutrality Regulatory Assessment Methodology (2017), p. 31.

70 Studie p. 116.

71 Studie, p. 122.

72 Studie, p. 123.

73 Studie, p. 140.

74 Studie, p. 127.

75 Studie, p. 158-160.