

Helderheid uit Luxemburg

over zero rating

Afgelopen jaren was de praktijk van ‘zero rating’ door telecomproviders vaak onderwerp van onzekerheid. Deze onzekerheid zag op de vraag onder welke omstandigheden deze praktijk wettelijk zou zijn toegestaan volgens de Europese Netneutraliteitsverordening.¹ Nu het Hof van Justitie van de Europese Unie (“Hof”) op 2 september 2021 uitspraak heeft gedaan in een drietal belangrijke zaken is hieraan abrupt een einde gekomen: zero rating is onder alle omstandigheden in strijd met de neutraliteitsverplichtingen van aanbieders van internet, aldus het Hof. De uitspraken zijn interessant voor internet- en telecombedrijven, maar daarnaast vormen deze uitspraken ook een wijze les over wat er kan gebeuren als toezichthouders brede wettelijke normen invullen.

Wat is zero rating?

Met de drie uitspraken van 2 september 2021² beëindigt het Hof de zogenaamde praktijk van “zero rating”. Deze commerciële praktijk van providers was consumenten- en privacyorganisaties al jaren een doorn in het oog, met als Nederlands hoogtepunt de rechtszaak tussen de ACM en Bits of Freedom over T-Mobile’s Datavrije Muziek tussen 2017-2019.³ Bij een zero rating aanbod biedt de provider van (mobiel) internet aan om bepaald internetverkeer niet mee te laten tellen voor het maandelijkse datamaximum. Zero rating heeft een juridische/commerciële component: providers leggen vast welk verkeer onder welke voorwaarden niet meetelt voor de bundel. Daarnaast heeft het een technische component: de technische maatregel die onderscheid maakt tussen soorten verkeer en bepaald verkeer niet laat meetellen voor de bundel. Een voorbeeld hiervan is het aanbod voor Datavrije Muziek van T-Mobile in Nederland.

Terwijl zero rating in Nederland geen enorme vlucht heeft genomen, bieden providers in andere EU-landen veel vaker “Datavrije Social Media” of “Datavrij Streaming” aan. Buiten de EU doen providers ook aan zero rating. Daar is een individuele app regelmatig onderwerp van zero-rating (“Bij dit abonnement is Facebook altijd gratis”). Vooral bij dit laatste voorbeeld kan men zich voorstellen dat dit gebruikers er effectief toe aanzet om bepaalde apps te gebruiken, ten koste van andere, vaak minder populaire apps – met negatieve gevolgen voor het “level playing field” van een open internet. Ook vóór deze uitspraken werden er in de EU daarom strenge eisen gesteld aan de zero rating mogelijkheden van providers.

EU-wetgeving

De Europese wetgever heeft in 2015 met de Netneutraliteitsverordening regels geïntroduceerd die de neutraliteit van het open internet moeten waarborgen. De Netneutraliteitsverordening bevat voor eindgebruikers een recht op toegang tot informatie, en een recht op het gebruiken en aanbieden van diensten en toepassingen via hun internetabonnement, ongeacht de soort apparatuur, locatie of informatie. Dit recht staat in artikel 3, eerste lid van de Netneutraliteitsverordening en wordt verder uitgewerkt in de leden 2 en 3 van hetzelfde artikel. Lid 2 reguleert overeenkomsten en commerciële praktijken van providers. Dergelijke praktijken mogen het recht op vrije toegang tot informatie en diensten niet inperken. Lid 3 ziet op de technische behandeling van internetverkeer. Hierin staat dat providers al het internetverkeer op gelijke wijze moeten behandelen. Verschillende behandeling is alleen toegestaan om “redelijke verkeersbeheersmaatregelen” te treffen. Deze maatregelen moeten transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, en mogen niet berusten op commerciële overwegingen. Soms is onderscheid in internetverkeer immers noodzakelijk om de goede werking van de verbinding te waarborgen. Zero rating of andere specifieke commerciële praktijken van providers worden niet in de Netneutraliteitsverordening beschreven.

De Europese wetgever begreep waarschijnlijk ook wel dat het lastig zou worden voor providers en nationale telecomtoezichthouders om deze vage, brede normen in de praktijk toe te passen. Daarom droeg de wetgever in artikel 5 van de Netneutraliteitsverordening BEREC, het orgaan van de gezamen-

* Mr. P.P.J. van Ginneken en mr. H.L.A. Kooijman zijn advocaat te Amsterdam (Brinkhof); ze danken student-stagiaire Jenna Meindersma voor de ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage.

1 Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internet-toegang en retailtarieven voor gereguleerde communicaties binnen de EU en

tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG en Verordening (EU) nr. 531/2012, OJ L 310, 26.11.2015, p. 1-18.

2 Zie verderop in deze aflevering onder jurisprudentie nr. 12.

3 Zie hierover de annotatie van L.P.W. Mensink bij Rb. Rotterdam 24 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:414, *Mediaforum* 2019-5 nr. 15, p. 193-201. Deze puur Nederlandse ontwikkeling komt in deze noot verder niet aan de orde.

lijke Europese telecomtoezichthouders, op om richtsnoeren vast te stellen voor de uitvoering van deze verplichtingen in de praktijk. De BEREC Richtsnoeren voor de toepassing van de Netneutraliteitsverordening⁴ werken de bovengenoemde artikelen uit in de vorm van een praktisch document voor bedrijven en nationale toezichthouders. Deze Richtsnoeren voorzien in een uitgebreide en genuanceerde beoordeling van zero rating. Kort gezegd bepalen de Richtsnoeren dat zero rating op zichzelf niet is verboden, maar moet worden beoordeeld in hoeverre het aanbod de rechten van eindgebruikers zou kunnen inperken onder artikel 3 lid 2 van de Netneutraliteitsverordening. Daarbij betrekken de Richtsnoeren diverse factoren, zoals het onderwerp van zero rating (één app of een brede categorie aan appdiensten), de mate waarin apps aansluiten, de mate waarin app-aanbieders gelijk worden behandeld en de marktpositie van de provider.⁵

Tot zover de beoordeling in de BEREC Richtsnoeren. De uitspraken van het Hof van 2 september 2021 hebben grote gevolgen voor deze beoordeling. Om deze uitspraken goed te begrijpen, is van belang eerst even stil te staan bij een serie eerdere uitspraken van het Hof: de *Telenor*-uitspraken van 15 september 2020.

Telenor-uitspraken⁶

In de *Telenor*-uitspraken van het Hof van 15 september 2020 sprak de grote kamer van het Hof zich uit over het zero rating aanbod van de Hongaarse provider Telenor Magyarorszag. Telenor bood abonnementen aan waarbij het verkeer van zes verschillende chat-apps en vier muziekapps niet meetelde voor de maandelijkse bundel. Zelfs als dit maandelijkse maximum al was bereikt, konden klanten gebruik blijven maken van deze chat- en muziekdiensten. De Hongaarse telecomautoriteit was eerder tot het oordeel gekomen dat dit kenmerk van het betrokken aanbod in strijd was met de Netneutraliteitsverordening – geheel in lijn met de BEREC Richtsnoeren. Echter, waar de BEREC Richtsnoeren dit verbinden aan een beoordeling van het effect van het aanbod op de rechten van eindgebruikers (lid 2 van artikel 3), stoelde de Hongaarse autoriteit haar oordeel op het maken van (ongerechtvaardigd) onderscheid tussen internetverkeer. Vervolgens komt de Hongaarse autoriteit niet toe aan een beoordeling van het effect op de rechten van eindgebruikers (lid 3 van artikel 3).

Over dit onderscheid worden prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie. Het Hof haalt aan dat alle maatregelen die internetverkeer “blokkeren, vertragen, wijzigen, beperken, degraderen, of discrimineren tussen verschillende toepassingen of diensten”, niet zijn toegestaan op basis van het derde lid van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening.⁷ Dergelijke maatregelen zijn alleen toegestaan als er sprake is van gerechtvaardigde technische verkeersbeheersmaatregelen. Alleen als een commerciële praktijk wél aan het derde lid voldoet (of sowieso niet onder het derde lid valt), is er nog ruimte voor een effectbeoordeling onder het tweede lid van artikel 3. In deze zaak had Telenor onderscheid tussen internetverkeer gemaakt door verkeer dat niet onder de zero-rating

viel, te blokkeren of te vertragen. Daarmee was het aanbod van Telenor in strijd met het verbod van artikel 3, derde lid, van de Netneutraliteitsverordening, aldus het Hof. De beoordeling onder het tweede lid van hetzelfde artikel is vervolgens niet meer nodig, zo bevestigt het Hof.

Deze uitspraken van het Hof waren voor telecombedrijven en nationale toezichthouders niet echt een verrassing. Het ging in deze zaak immers om een feitencomplex dat óók reeds op basis van de BEREC Richtsnoeren niet toegestaan zou zijn. BEREC zag dan ook geen aanleiding om haar Richtsnoeren aan te passen. Echter, mogelijk hebben telecombedrijven en nationale toezichthouders onvoldoende aandacht geschonken aan de principiële aard van de overwegingen van het Hof in deze uitspraak, want de telecomwereld werd flink verrast door de uitspraken die een jaar later op de *Telenor*-uitspraken volgden.

Uitspraken inzake Deutsche Telekom en Vodafone

Op 2 september 2021 heeft het Hof een drietal uitspraken gedaan naar aanleiding van verwijzingen door een Duitse bestuursrechter.⁸ Deze uitspraken waren opmerkelijk kort, de Advocaat-Generaal achtte het niet nodig om een conclusie te schrijven en de zaken werden afgedaan door een gewone kamer van het Hof.

In deze zaken stelde de Duitse bestuursrechter te Keulen en Düsseldorf een aantal vragen over twee zero rating-abonnementen. Het eerste abonnement van provider Vodafone zag op het zero rating aanbod ‘Vodafone Pass’. Dit aanbod gold alleen binnen Duitsland, en niet in andere EU landen. De rechter vroeg zich af of deze voorwaarde in lijn was met de Europese Roamingverordening⁹. Het tweede abonnement, van Deutsche Telekom, voorzag in een gratis zero rating ‘add on’. Wanneer een gebruiker deze optie activeerde, telde het internetverbruik voor audio- en videostreaming niet langer mee voor de bundel. Gevolg was wel dat de bandbreedte voor videostreaming standaard werd beperkt tot maximaal 1,7 Mbit/s. De rechter vroeg zich af of deze voorwaarde in lijn was met de Netneutraliteitsverordening.

In plaats van deze vragen te beantwoorden, merkt het Hof op dat deze vragen berusten op de onjuiste premisse dat zero rating zelf verenigbaar is met de Netneutraliteitsverordening. Vervolgens geeft het Hof in alle drie de zaken identieke overwegingen. Hierbij leunt het Hof voor een groot deel op de *Telenor*-uitspraken. Het Hof haalt aan dat artikel 3, derde lid van de Netneutraliteitsverordening providers verbiedt om te discrimineren tussen specifiek internetverkeer, of dit verkeer te beperken of degraderen. Dit is alleen toegestaan bij technisch gerechtvaardigde verkeersbeheersmaatregelen, die niet worden ingegeven door commerciële overwegingen.¹⁰ Met andere woorden, providers zijn gebonden aan een strikte plicht tot gelijke behandeling van internetverkeer. Elke maatregel die onderscheid maakt tussen internetverkeer op basis van commerciële (in plaats van technische) overwegingen, is

4 BEREC, ‘BEREC Richtsnoeren over de toepassing van de Open Internetverordening’, BoR (20) 112, 11 juni 2020.

5 BEREC Richtsnoeren, a.w., par. 40-42e.

6 HvJ EU 15 september 2020, C-807/18 en C-39/19, ECLI:EU:C:2020:708 (*Telenor*); zie ook: R.G. Waterman, ‘Vijf jaar netneutraliteit in de EU: de stand van zaken’, *Computerrecht* 2021/4, p. 18-27.

7 HvJ EU 15 september 2020, C-807/18 en C-39/19, par. 49.

8 HvJ EU 2 september 2021, C-854/19 (*Vodafone*), C-5/20 (*Vodafone*) en C-34/20 (*Deutsche Telekom*); zie hierna onder jurisprudentie nr. 12.

9 Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatie-netwerken binnen de Unie, PB L 310, 26.11.2015, p. 1-18.

10 HvJ EU 2 september 2021, C-854/19, C-5/20 en C-34/20 (*Vodafone*), par. 25 en 28.

in strijd met artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening. Een zero rating-aanbod maakt onderscheid tussen internetverkeer, door verkeer van bepaalde toepassingen niet in rekening te brengen. Dit is een maatregel gebaseerd op commerciële overwegingen. Volgens het Hof speelt daarbij geen rol of er sprake is van inperking van eindgebruikersrechten, dat er gebruik kan worden gemaakt van andere uitzonderingsgronden of dat er vanuit de markt vraag zou bestaan naar een dergelijk product. Zero rating is steeds in strijd met de Netneutraliteitsverordening.

Analyse

Het Hof heeft hier van drie zaken over relatief onbeduidende aspecten van het huidige zero rating-aanbod, in wezen één principiële uitspraak gemaakt waarin wordt bepaald dat zero rating als zodanig onverenigbaar is met het EU-recht. Daar waar telecombedrijven wellicht onaangenaam verrast werden door deze uitspraak, wordt de uitspraak van het Hof – niet onverwachts – toegejuicht door consumenten- en privacy organisaties. In een verklaring noemt BEUC, de Europese vereniging voor consumentenbescherming, de uitspraken “zeer positief nieuws voor consumenten en degenen die willen dat het internet voor iedereen open blijft”.¹¹

Deze uitspraken van het Hof zijn op basis van een letterlijke lezing van artikel 3 van de Netneutraliteitsverordening wel te begrijpen. Daar staat immers dat discrimineren tussen specifieke inhoud, toepassingen of diensten alleen op zeer beperkte gronden is toegestaan. Als dit al op technische gronden noodzakelijk is, dan moeten verkeersbeheersmaatregelen transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn, “en mogen [ze] niet berusten op commerciële overwegingen”, aldus dit artikel. Het is dan ook niet zo gek dat het Hof simpelweg overweegt: zero rating is commercieel onderscheid, dus niet toegestaan. Dit doet echter de vraag rijzen wat er nog wél mogelijk is onder de Netneutraliteitsverordening. Immers, het Hof doet het in zijn uitspraak voorkomen alsof er een strikte scheiding te maken valt tussen een commercieel ingegeven onderscheid en een technisch onderscheid in internetverkeer. In de praktijk is dit onderscheid een stuk lastiger te maken. Een voorbeeld: Is de keuze van de NS om YouTube video's te vertragen bij WiFi in de trein een technische keuze om net-

werkcongestie te voorkomen, of is dit een commerciële keuze om niet te investeren in extra bandbreedte? Hopelijk krijgt het Hof in een andere zaak de kans om dit onderscheid nader toe te lichten.

Wat zijn de gevolgen van deze uitspraken voor de praktijk? Providers zullen hun bestaande zero rating-aanbod (voorlopig) moeten stopzetten – hoewel de toezichthouder niet van de één op de andere dag op de stoep zal staan, biedt deze uitspraak vrij weinig toekomstmogelijkheden voor dit aanbod. Wellicht zal het stopzetten van dit aanbod hen teleurgestelde klanten opleveren. Echter, mogelijk valt het allemaal wel mee nu brede onbeperkte bundels de norm lijken te worden.¹² Dan heeft de klant geen zero rating meer nodig.

Daarnaast zijn deze uitspraken ook een flinke knauw voor BEREC (de gezamenlijke telecomtoezichthouders): blijkbaar was hun uitleg van de Netneutraliteitsverordening zoals weergegeven in de Richtsnoeren helemaal verkeerd. BEREC heeft al aangegeven haar Richtsnoeren te zullen aanpassen, maar verwacht dat deze pas in juni 2022 zullen zijn vastgesteld.¹³ In de tussentijd zullen providers het zelf moeten uitzoeken, hoewel het niet duidelijk is of en in hoeverre toezichthouders in deze periode handhavend zullen optreden. BEREC is wel een consultatie gestart waarin zij alle belanghebbende partijen vraagt om te reageren op de uitspraak.¹⁴

Slot

Ook buiten de telecomwereld is deze uitspraak interessant. De Netneutraliteitsverordening is wetgeving die voorziet in zeer brede normen, die eigenlijk alleen in de praktijk toepasbaar waren met behulp van richtsnoeren van toezichthouders. Maar ook toezichthouders kunnen een heel andere interpretatie hebben van wetgeving dan de rechter, die zelf niet aan richtsnoeren gebonden is.¹⁵ Deze reeks aan uitspraken vormt zowel een oproep aan de wetgever tot optimale rechtszekerheid (vorm te geven in de wetgeving zelf) als een waarschuwing voor de praktijk om zich niet blind te staren op richtsnoeren van toezichthouders, hoe gezaghebbend ook.

11 Techcrunch, 2 september 2021, 'Europe's top court slaps down 'zero rating' again'. Opvallend genoeg heeft Bits of Freedom (tot het schrijven van deze noot) deze zaak nog niet opgemerkt – zij is in ieder geval niet met een verklaring of reactie gekomen op deze uitspraak.

12 T. Wijkman, 'Eén op de tien Nederlanders wil unlimited databundel, bijna een derde tenminste 6 GB', *Telecompaper* 4 juni 2021.

13 Nieuwsbericht BEREC, 'BEREC will update Guidelines following the Court of Justice rulings on zero-rating, publishes recently adopted reports and calls for stakeholder's input', 6 oktober 2021, te raadplegen via: <https://berec.europa.eu>.

14 Nieuwsbericht BEREC, 'Call for stakeholder input to feed into the incorporation of the ECJ judgments on the Open Internet Regulation in the BEREC Guidelines', 6 oktober 2021, te raadplegen via: <https://berec.europa.eu>.

15 Hoewel deze, blijkens eerdere rechtspraak van het Hof, slechts van aanbevelingen met een grondslag in een wetgevingshandeling kan afwijken “indien hij van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het geval (...) dat vereisen”. Zie arrest van het Hof van 15 september 2016, C-28/15, par. 42.