



Besluit

Beslissing op bezwaar dienst Datavrije Muziek

Ons kenmerk : ACM/UIT/454099
Zaaknummer : ACM/17/019856
Datum : 29 januari 2018

Beslissing op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt naar aanleiding van het bezwaarschrift van Stichting Bits of Freedom. Dit bezwaarschrift is gericht tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 26 september 2017 waarin het verzoek van Stichting Bits of Freedom om handhavend op te treden tegen de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile Netherlands B.V. is afgewezen.

Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) beslist in dit besluit op de bezwaren van Stichting Bits of Freedom (hierna: Bits of Freedom) tegen de afwijzing van het handhavingsverzoek van Bits of Freedom bij besluit van 26 september 2017. In het bestreden besluit oordeelde de ACM dat de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile) niet in strijd is met de Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2015 (hierna: de netneutraliteitsverordening). Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
2. In deze beslissing op bezwaar beslist de ACM dat de bezwaargronden van Bits of Freedom ongegrond zijn. De ACM komt tot deze beslissing, omdat de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile non-discriminatoir wordt aangeboden en geen eindgebruikersrechten worden geschaad. Daarmee wordt geen afbreuk gedaan aan het voortdurend functioneren van het internetecosysteem als motor van innovatie.
3. Er is sprake van een non-discriminatoir aanbod, omdat voor alle aanbieders van muziekstreamingsdiensten dezelfde toelatingsvoorwaarden gelden en dezelfde aanmeldprocedure geldt. De voorwaarden die T-Mobile stelt, namelijk dat de muziekstreamingsdienst openbaar toegankelijk moet zijn en T-Mobile het IP-adres van de muziekstreamingsdienst moet kunnen herkennen om muziek te kunnen zero-raten, zijn volgens de ACM niet discriminerend.
4. De rechten van eindgebruikers als bedoeld in de netneutraliteitsverordening worden niet geschaad. Met eindgebruikers worden zowel de aanbieders van muziekstreamingsdiensten als de gebruikers van de dienst Datavrije Muziek bedoeld. Gebruikers van de dienst Datavrije Muziek hebben een ruime keuze uit muziekstreamingsdiensten. Bovendien kunnen deze gebruikers zelf muziekstreamingsdiensten aandragen bij T-Mobile. T-Mobile benadert deze diensten en vraagt of zij onderdeel willen worden van het platform. Dat de aanmeldprocedure niet in het Engels beschikbaar is, dat Nederlands recht van toepassing is en dat T-Mobile wijzigingen in haar technische vereisten kan aanbrengen, ziet de ACM niet als een beperking van de rechten van eindgebruikers.

1. Inleiding en achtergrond

5. Op 10 oktober 2016 heeft T-Mobile de dienst Datavrije Muziek in de Nederlandse markt gezet. Met de dienst Datavrije Muziek kan datavrij muziek worden gestreamd via de aangesloten muziekstreamingsdiensten. De dienst Datavrije Muziek zit voor bestaande én nieuwe klanten van T Mobile standaard bij de volgende abonnementen:
 - Go Up-abonnement van 10 GB;
 - Stel Samen & Stel Bij abonnement met een databundel van 6 GB of hoger;
 - Stel Samen & Stel Bij Tablet abonnement met een databundel van 6 GB of hoger; en
 - Stel Samen & Stel Bij Zakelijk abonnement met een databundel van 6 GB of hoger.
6. Dataverkeer dat wordt gebruikt voor de dienst Datavrije Muziek gaat niet ten koste van de databundel. De data voor overige internetdiensten gaat wel van de bundel af. Deze vorm van tariefdifferentiatie wordt “zero-rating” genoemd. Als de databundel op is, wordt de snelheid van al het verkeer – dus ook de data die onder Datavrije Muziek valt – teruggezet tot een lagere snelheid.
7. De ACM oordeelde op 9 december 2016 dat de dienst in strijd was met artikel 3, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening en artikel 7.4a, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). De ACM gelastte T-Mobile in dit besluit te stoppen met het aanbieden en het uitvoeren van de dienst Datavrije Muziek op verbeurte van een dwangsom.
8. T-Mobile stelde tegen het besluit van de ACM rechtstreeks beroep in bij de rechtbank Rotterdam. Op 20 april 2017 oordeelde de rechtbank Rotterdam dat zero-rating inderdaad categorisch verboden is in de Tw, maar dat dit Nederlandse verbod niet geldt, omdat Nederland vanwege de Europese netneutraliteitsverordening niet bevoegd was daarover iets te regelen. Uit de netneutraliteitsverordening bleek volgens de rechtbank Rotterdam ook niet dat zero-rating zonder meer verboden is. Daarover overwoog de rechtbank:

“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.”
9. De rechtbank Rotterdam verklaarde de gronden van T-Mobile gegrond en vernietigde de last onder dwangsom. Dat was aanleiding voor Bits of Freedom om een handhavingsverzoek in te dienen waarin ze verzocht de dienst Datavrije Muziek te verbieden op grond van de netneutraliteitsverordening wegens strijd met artikel 3, eerste, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening. De ACM heeft dit verzoek bij besluit van 26 september 2017 afgewezen. De ACM oordeelde dat de dienst Datavrije Muziek niet in strijd is met het non-discriminatiebeginsel en de rechten van eindgebruikers niet worden beperkt. De dienst Datavrije Muziek is daarmee niet in strijd met artikel 3, eerste, tweede en derde lid, van de netneutraliteitsverordening.

2. Verloop van de procedure

10. Op 11 mei 2017 heeft Bits of Freedom bij de ACM een handhavingsverzoek ingediend.¹
11. Bij besluit van 26 september 2017 heeft de ACM het handhavingsverzoek van Bits of Freedom afgewezen.²
12. Bij brief van 1 november 2017 heeft Bits of Freedom pro forma bezwaar gemaakt tegen het besluit van de ACM van 26 september 2017.³
13. Bij brief van 8 november 2017 heeft de ACM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en Bits of Freedom in de gelegenheid gesteld de gronden van bezwaar voor 1 december 2017 aan te vullen.⁴
14. Op 24 november 2017 heeft Bits of Freedom haar bezwaargronden aangevuld.⁵
15. Op 20 december 2017 heeft bij de ACM een hoorzitting plaatsgevonden.
16. Bij brieven van 12 januari 2018 is het verslag van de hoorzitting aan Bits of Freedom en T-Mobile toegestuurd.⁶

3. Juridisch kader

Algemene wet bestuursrecht

17. Artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht luidt:

“Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.”

Netneutraliteitsverordening

18. Op 25 november 2015 is de netneutraliteitsverordening vastgesteld. Deze verordening is van toepassing met ingang van 30 april 2016.
19. Randnummer 1 van de considerans van de netneutraliteitsverordening luidt, voor zover hier van belang:

“Deze verordening strekt ertoe gemeenschappelijke regels vast te stellen om de gelijke en niet-discriminerende behandeling van het verkeer bij het aanbieden van internettoegangsdiensten, alsmede de daarmee verband houdende rechten van eindgebruikers, te waarborgen. Met deze verordening wordt beoogd de eindgebruikers te

¹ Kenmerk: ACM/DTVP/2017303678

² Kenmerk: ACM/DTVP/2017/205487.

³ Kenmerk: ACM/IN/238242

⁴ Kenmerk: ACM/UIT/307065.

⁵ Kenmerk: ACM/IN/283774

⁶ Kenmerk: ACM/UIT/412723 en ACM/UIT/412724

beschermen en tevens de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie te waarborgen. (...)

20. Artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening luidt:

“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.”

21. Artikel 3, tweede lid, van de netneutraliteitsverordening luidt:

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

22. Artikel 3, derde lid, van de netneutraliteitsverordening, voor zover hier van belang, luidt:

“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.”

23. Artikel 5, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening, voor zover hier van belang, luidt:

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

24. Artikel 5, derde lid, van de netneutraliteitsverordening luidt:

“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.”

BEREC Guidelines

25. Op 30 augustus 2016 heeft the Body of European Regulators for Electronic Communications (hierna: BEREC) de 'Guidelines on Implementation of European Net Neutrality Rules' (hierna: Guidelines) vastgesteld.⁷

26. De Guidelines bevatten, voor zover hier van belang, 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 end-users' 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."

"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)."

⁷ BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules (BoR (16) 127; zie http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules).

Telecommunicatiewet

27. Artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet, voor zover thans van belang, luidt:

“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.”

4. Beoordeling door de ACM

28. In dit hoofdstuk worden de bezwaargronden van Bits of Freedom samengevat en worden deze gronden door de ACM beoordeeld. Daarvoor wordt eerst beoordeeld of Bits of Freedom als belanghebbende kan worden aangemerkt en ontvankelijk is in haar bezwaar.

a. Beoordeling belanghebbendheid Bits of Freedom

29. Tijdens de hoorzitting op 20 december 2017 heeft T-Mobile de belanghebbendheid van Bits of Freedom in twijfel getrokken.⁸

30. De ACM is van oordeel dat Bits of Freedom, gelet op artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht, belanghebbend is bij onderhavig besluit.

31. De statutaire doelstelling van Bits of Freedom is voldoende onderscheidend om te kunnen oordelen dat het belang van de stichting rechtstreeks is betrokken bij het bestreden besluit. In de statuten van Bits of Freedom staat dat de stichting *“ten doel [heeft] het verdedigen en bevorderen van digitale burgerrechten, waaronder in het bijzonder het grondrecht op communicatievrijheid en het grondrecht op privacy, en al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles is de ruimste zin van het woord”*.⁹ Om dit doel te verwezenlijken *“kan de Stichting gebruik maken van alle rechtmatige middelen die daaraan dienstbaar zijn.”*¹⁰ Bits of Freedom stelt dat de dienst Datavrije Muziek van T-Mobile inbreuk maakt op deze digitale burgerrechten. De ACM is van oordeel dat het bevorderen van netneutraliteit past binnen haar statutaire doelstelling.

32. Uit de feitelijke werkzaamheden van Bits of Freedom blijkt dat zij werkzaamheden verricht die gerelateerd zijn aan het door de stichting nagestreefde statutaire doel. De feitelijke werkzaamheden van de stichting bestaan, onder andere, uit het organiseren van workshops, discussieavonden en het beïnvloeden van wetgevingsprocessen. Zo verwijst de website van Bits of Freedom naar de invloed die Bits of Freedom heeft gehad op het wetgevingsproces rondom netneutraliteit, bijvoorbeeld door middel van een position paper hierover.¹¹ Ook heeft Bits of Freedom op haar website onder *‘Actueel’* een digitaal dossier aangemaakt, genaamd *‘Netneutraliteit – baas over je eigen bits’*. Hierin zet ze uiteen hoe ze aankijkt tegen zaken over netneutraliteit in binnen- en buitenland.¹² Uit deze feitelijke werkzaamheden blijkt dat de stichting zich daadwerkelijk inzet voor de doelstelling zoals omschreven in de statuten, en

⁸ Zie paragraaf 1.7 van de pleitaantekeningen van T-Mobile ten behoeve van de hoorzitting van 20 decemebr 2017.

⁹ Statuten Bits of Freedom, Artikel 3, eerste lid.

¹⁰ Statuten Bits of Freedom, Artikel 3, tweede lid.

¹¹ Zie ook: <https://www.bof.nl/successen-overzicht/>

¹² Vgl.: <https://www.bof.nl/>

voor netneutraliteit in het bijzonder.

b. Beoordeling van de bezwaargronden door de ACM

i. Inleiding

33. De bezwaren van Bits of Freedom houden verband met het non-discriminatiebeginsel, de eindgebruikersrechten en het functioneren van het internetecosysteem. De ACM bespreekt deze bezwaren en zal daar vervolgens op reageren.

ii. Non-discriminatiebeginsel

Bezwaren Bits of Freedom over de voorwaarde van openbaarheid en technische voorwaarden

34. Bits of Freedom stelt dat ten onrechte de eis wordt gesteld dat de dienst Datavrije Muziek openbaar toegankelijk moet zijn. Volgens Bits of Freedom worden hierdoor aanbieders van muziekstreamingsdiensten gediscrimineerd omdat ze niet kunnen toetreden tot de dienst Datavrije Muziek. Het gaat om aanbieders die muziek streamen waarvan ze zelf de afnemer zijn, aanbieders die de muziek aan een beperkte kring gebruikers willen streamen en toekomstige innovatieve muziekstreamingsdiensten die muziek willen streamen vanuit het netwerk van de eindgebruiker.
35. Daarnaast is Bits of Freedom van mening dat T-Mobile, met het stellen van technische eisen aan de infrastructuur als voorwaarde voor toetreding tot de dienst Datavrije Muziek, aanbieders van muziekstreamingsdiensten discrimineert die niet kunnen of willen voldoen aan die eisen.

Overwegingen ACM

36. Uit de randnummers 4 en 5 van de BEREC Guidelines blijkt dat zowel eindgebruikersrechten van consumenten en zakelijke klanten van T-Mobile als eindgebruikersrechten van aanbieders van inhoud en toepassingen onder de netneutraliteitsverordening vallen. In deze paragraaf gaat de ACM in op het non-discriminatiebeginsel ten aanzien van eindgebruikers van inhoud en toepassingen (meer specifiek de aanbieders van muziekstreamingsdiensten) omdat de bezwaren van Bits of Freedom daarop betrekking hebben.

37. Bij de toets aan het non-discriminatiebeginsel gaat het erom dat muziekstreamingsdiensten onder gelijke voorwaarden kunnen toetreden tot de dienst. In dit verband wijst de ACM op randnummer 6 van de considerans van de netneutraliteitsverordening (onderstreping ACM):

“Eindgebruikers moeten het recht hebben om via hun internettoegangsdienst toegang te krijgen tot informatie en inhoud en deze te delen, en zonder discriminatie toepassingen en diensten te gebruiken en aan te bieden. (...)”

38. De ACM oordeelt dat alle aanbieders van inhoud en toepassingen non-discriminatoir kunnen toetreden. Voor alle muziekstreamingsdiensten gelden dezelfde toetredingsvoorwaarden en geldt dezelfde aanmeldprocedure. Ook de te sluiten overeenkomst om te kunnen toetreden tot de dienst Datavrije Muziek is voor alle aanbieders van inhoud en toepassingen gelijk. Dit betekent dat aanbieders van inhoud en toepassingen gelijk worden behandeld binnen de categorie van muziekstreamingsdiensten.

39. De voorwaarde dat de muziekstreamingsdienst openbaar toegankelijk moet zijn,¹³ geldt voor elke aanbieder van een muziekstreamingsdienst die wil toetreden en is daarmee niet discriminerend. T-Mobile heeft met deze voorwaarde de categorie muziekstreamingsdiensten die kunnen toetreden tot de dienst Datavrije Muziek afgebakend. De ACM is van oordeel dat de BEREC Guidelines (randnummer 42) een categorisering toestaan. Het toepassen van zero-rating voor een categorie diensten, zoals het geval is bij de dienst Datavrije Muziek, maakt dat er een begrenzing wordt aangebracht voor welke diensten zero-rating wel geldt en voor welke diensten zero-rating niet geldt. In dit geval houdt die begrenzing in dat het moet gaan om een muziekstreamingsdienst die openbaar toegankelijk is, zodat alle eindgebruikers kunnen luisteren naar de aangeboden muziekstreamingsdiensten. Inherent aan de systematiek van categoriseren is dat hierdoor altijd bepaalde aanbieders binnen en buiten de categorie vallen. Dit betekent volgens de ACM niet dat daarmee het non-discriminatiebeginsel wordt overtreden. Voor degenen die willen toetreden, gelden immers dezelfde voorwaarden. Aan de voorwaarde van openbaarheid kan door de aanbieders van inhoud en toepassingen overigens betrekkelijk gemakkelijk worden voldaan door de muziek in een publiek beschikbare map te zetten om zo de muziek publiekelijk te delen.¹⁴
40. Ten aanzien van de door Bits of Freedom gestelde technische eisen, merkt de ACM op dat de enige (technische) voorwaarde die T-Mobile stelt is dat internetverkeer moet kunnen worden herkend door middel van een IP-adres.¹⁵ Dit kan door het IP-adres waar de muziekstreamingsdienst gebruik van maakt door te geven aan T-Mobile. De ACM oordeelt dat op die manier kan worden vastgesteld of een eindgebruiker muziek streamt of een andere dienst of toepassing gebruikt. De ACM oordeelt dat deze voorwaarde noodzakelijk is om te kunnen vaststellen of de dienst voor zero-rating in aanmerking komt of ten koste gaat van de databundel van de eindgebruiker. Nu deze voorwaarde geldt voor elke aanbieder van inhoud en toepassingen die wil toetreden tot de dienst Datavrije Muziek, is ook deze voorwaarde naar het oordeel van de ACM niet discriminerend. Dat er aanbieders zijn die niet aan deze eis willen voldoen, maakt dat niet anders.
41. In reactie op de stelling van Bits of Freedom dat toekomstige innovatieve muziekstreamingsdiensten die muziek willen streamen vanuit het netwerk van de eindgebruiker niet zouden kunnen toetreden, merkt de ACM nog op dat dergelijke diensten niet automatisch worden uitgesloten. Wel gelden ook voor deze aanbieders dat ze moeten voldoen aan de voorwaarden dat de dienst openbaar toegankelijk moet zijn en dat het IP-adres herkenbaar moet zijn.

Bezwaar dat T-Mobile discrimineert op basis van verkeer omdat ze de inhoud van het verkeer controleert

42. Bits of Freedom stelt dat T-Mobile de inhoud van het verkeer controleert - en zich daarmee als poortwachter opstelt - omdat T-Mobile in haar overeenkomst ten onrechte de eis stelt dat de muziekstreamingsdienst moet bestaan uit *“only lawful Content and Content which is properly licensed by the Content Partner from the respective rights holders”*. Omdat T-Mobile optreedt als poortwachter is, aldus Bits of Freedom, sprake van discriminatie op basis van het verkeer.

¹³ Zie over deze voorwaarde ook randnummer 51 van het bestreden besluit.

¹⁴ Vgl. e-mailwisseling tussen een particulier en T-Mobile (kenmerk ACM/DTVP/2017/305591).

¹⁵ Zie randnummer 46 en 52 van het bestreden besluit.

Overwegingen ACM

43. De ACM is van oordeel dat T-Mobile de inhoud van het verkeer van aanbieders van inhoud en toepassingen niet controleert of beoordeelt. Dit wordt door T-Mobile in artikel 11 van haar *'Aanvullende gebruiksvoorwaarden datavrije muziek'* ook expliciet gesteld (onderstreping ACM):¹⁶

"De technische uitvoering die nodig is voor Datavrije Muziek voldoet aan de wet- en regelgeving ter bescherming van de privacy van onze klanten. Aan de hand van URL of het IP-adres van de muziekstreamingdienst kan ons netwerk bepalen of de muziekstreamingdienst bij ons is aangemeld. T-Mobile kijkt nooit naar de inhoud van de content die deelnemende muziekstreamingsdiensten aanbieden. T-Mobile heeft geen zeggenschap over de inhoud van deelnemende muziekstreamingsdiensten en verstrekt geen enkele waarborg in verband met de kwaliteit of de wettelijkheid ervan en is er ook niet aansprakelijk voor. T-Mobile is niet aansprakelijk voor de inhoud en de wijzigingen ervan aangebracht door derden of voorgeschreven door wetten en/of regelgeving."

44. Ook op het forum van T-Mobile van de dienst datavrije Muziek wordt dit nog eens expliciet bevestigd.¹⁷
45. Uit de door Bits of Freedom aangehaalde bepaling uit de overeenkomst (1.5) en de daarmee samenhangende bepaling 6.1 kan ook niet worden opgemaakt dat T-Mobile de inhoud wel controleert. Daartoe overweegt de ACM als volgt.
46. In artikel 1.5 staat dat *"Only lawful Content and Content which is properly licensed by the Content Partner from the respective rightsholders"* in aanmerking komt voor de dienst Datavrije Muziek. Artikel 6.1 bepaalt dat: *"The Content Partner represents and warrants that the Content Partner complies with all legal provisions with respect to the legality of the Streaming Service, the Content and the Marketing-Material."* Tijdens de hoorzitting op 20 december 2017 heeft T-Mobile in dit verband aangegeven dat zij niet actief opspooft of in de datapakketjes kijkt om te controleren of de content in overeenstemming is met wet- en regelgeving. T-Mobile heeft toegelicht dat ze met deze bepalingen wil benadrukken dat iedereen zich aan de wet moet houden en dat het niet de bedoeling is dat illegale content wordt verspreid.¹⁸ De ACM oordeelt dat deze voorwaarden van T-Mobile kunnen worden gezien als een waarschuwing aan aanbieders van inhoud en toepassingen over het aanbieden van illegale content zodat zij partijen daar eventueel achteraf op kan aanspreken. T-Mobile kan op deze manier eventuele aansprakelijkheid uitsluiten. In dit licht moet ook de opmerking van een medewerker van T-Mobile op het forum van T-Mobile,¹⁹ waaraan Bits of Freedom in het bezwaarschrift refereert, worden gezien. Hieruit volgt echter niet dat T-Mobile de inhoud (vooraf) controleert.
47. De ACM concludeert dat T-Mobile de inhoud niet controleert en niet optreedt als poortwachter. De stelling van Bits of Freedom dat sprake is van discriminatie op basis van het

¹⁶ <https://www.t-mobile.nl/Consumer/media/pdf/voorwaarden/campagne/datavrije-muziek/voorwaarden-datavrije-muziek.pdf>

¹⁷ Zie het antwoord op de vraag *'Hoe kunnen jullie zien wat muziekstreaming is?'* op <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek>.

¹⁸ Vgl. verslag hoorzitting 20 december 2017, p. 2.

¹⁹ Zie: <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243>

verkeer omdat T-Mobile volgens Bits of Freedom optreedt als poortwachter, kan de ACM dan ook niet volgen.

Bezwaar dat sprake is van discriminatie door andere drempels zoals vindbaarheid

48. Bits of Freedom is het niet eens met de gekozen opzet van T-Mobile ten aanzien van het aanmeldingsproces. Hierbij moet volgens Bits of Freedom door de muziekstreamingdienst eerst contact worden gelegd met T-Mobile voordat de (Engelstalige) overeenkomst in beeld komt. Op deze manier kunnen buitenlandse muziekstreamingsdiensten volgens Bits of Freedom niet zelfstandig achterhalen dat zero rating mogelijk is. Alleen die aanbieders die door T-Mobile worden benaderd, komen volgens Bits of Freedom daadwerkelijk in aanmerking voor deelname aan de dienst Datavrije Muziek. Hierdoor is er altijd een groep aanbieders die niet op de hoogte is van de dienst Datavrije Muziek en is er volgens Bits of Freedom sprake van discriminatie.

Overwegingen ACM

49. De ACM kan zich niet verenigen met de stellingname van Bits of Freedom. Zowel binnenlandse als buitenlandse aanbieders van inhoud en toepassingen kunnen (onder dezelfde voorwaarden) toetreden tot de dienst Datavrije Muziek. Dat gebeurt in de praktijk ook. Van de 27 aangesloten muziekstreamingsdiensten komt een aantal uit het buitenland.²⁰ T-Mobile heeft verder gekozen voor een overeenkomst die is opgesteld in het Engels. Er kan vanuit worden gegaan dat de meeste aanbieders van inhoud en toepassingen de Engelse taal voldoende beheersen en dat dit geen (reële) belemmering opwerpt om toe te treden tot de dienst en daarmee niet discriminerend uitwerkt. Deze overeenkomst is als bijlage bij het bestreden besluit gevoegd. Het contract stuurt T-Mobile desgevraagd toe.²¹ T-Mobile biedt voldoende mogelijkheden voor aanbieders van inhoud en toepassingen om zich te kunnen aanmelden voor de dienst Datavrije Muziek. Dat het in de praktijk betekent dat sommige aanbieders zich mogelijk meer moeten inspannen dan anderen, betekent nog niet dat daarmee een bepaalde groep aanbieders wordt gediscrimineerd zoals Bits of Freedom meent.

Bezwaar dat ACM ten onrechte de lijst met deelnemende muziekstreamingsdiensten gebruikt als indicatie dat niet wordt gediscrimineerd

50. Bits of Freedom betoogt dat de ACM ten onrechte de aangesloten muziekstreamingsdiensten niet heeft afgezet tegen het totaalaanbod van muziekstreamingsdiensten op het internet. Dat T-Mobile volgens de ACM niet als poortwachter zou optreden vanwege de verscheidenheid aan muziekstreamingsdiensten die zich al hebben aangesloten, is volgens Bits of Freedom niet juist. Het lijstje van aangesloten muziekstreamingsdiensten is volgens Bits of Freedom geen geschikte maatstaf voor de beoordeling of T-Mobile muziekstreamingsdiensten discrimineert of niet. Volgens Bits of Freedom neemt, gezien het totaalaanbod, slechts een beperkt aantal muziekstreamingsdiensten de dienst af bij T-Mobile.

Overwegingen ACM

51. De ACM overweegt ten aanzien van deze bezwaargrond als volgt. In het bestreden besluit heeft de ACM er in randnummer 54 op gewezen dat een verscheidenheid van

²⁰ Zie: <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek> en <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243>

²¹ Zie: <https://www.t-mobile.nl/datavrije-muziek#info>

muziekstreamingsdiensten inmiddels is aangesloten bij de dienst Datavrije Muziek. T-Mobile is hier transparant over op haar website. Verder heeft T-Mobile transparant gemaakt dat er partijen zijn die bewust niet mee willen doen, maar dat wel hadden gekund.²² De ACM heeft met de verwijzing in randnummer 54 van het bestreden besluit naar de lijst van aangesloten muziekstreamingsdiensten duidelijk willen maken dat ook hieruit kan worden opgemaakt dat in de praktijk geen aanleiding is om aan te nemen dat T-Mobile discrimineert of als poortwachter zou optreden. Dát T-Mobile niet discrimineert en niet optreedt als poortwachter is hiervoor al gemotiveerd uiteengezet.

Conclusie non-discriminatiebeginsel

52. Gelet op het vorenstaande concludeert de ACM dat geen sprake is van schending van het non-discriminatiebeginsel en dat de bezwaren van Bits of Freedom dienaangaande ongegrond zijn.

iii. Eindgebruikersrechten

Algemeen

53. Bij de eindgebruikersrechten als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening gaat het zowel om eindgebruikersrechten van consumenten en zakelijke klanten als om de eindgebruikersrechten van inhoud en toepassingen.²³ In het bestreden besluit is in de randnummers 62 tot en met 69 gemotiveerd uiteengezet dat de eindgebruikersrechten van zowel consumenten en zakelijke klanten als aanbieders van inhoud en toepassingen niet worden beperkt.

Eindgebruikersrechten van aanbieders van inhoud en toepassingen

Bezwaar Bits of Freedom in verband met aanmeldprocedure en toepasselijk recht

54. De bezwaargronden van Bits of Freedom ten aanzien van de (vermeende) beperking van eindgebruikersrechten, die hieronder worden behandeld, spitsen zich toe op de eindgebruikersrechten van aanbieders van inhoud en toepassingen (meer specifiek de aanbieders van muziekstreamingsdiensten). Bits of Freedom stelt dat sprake is van een substantiële drempel voor toegang tot de dienst van T-Mobile, omdat de aanmeldprocedure niet in het Engels beschikbaar is en het Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomst. Buitenlandse partijen staan daarmee op achterstand.

Overwegingen ACM

55. Ten aanzien van de vraag of sprake is van een substantiële toetredingsdrempel en daarmee van een beperking van de rechten van eindgebruikers, merkt de ACM op dat het niet zo is dat *elke* factor die van invloed is op de keuzes van eindgebruikers een beperking vormt van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers als bedoeld in artikel 3, tweede lid, juncto artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening. In randnummer 45 van de BEREC Guidelines wordt hierover het volgende opgemerkt:

“(...) It is not that every factor affecting end-users’ choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users’ rights under Article 3(1). (...)”

²² Vgl.: <https://forum.t-mobile.nl/nieuws-345/update-toevoegen-diensten-datavrije-muziek-272243>. Zie ook brief T-Mobile van 3 juli 2017 (kenmerk: ACM/DTVP/2017305048).

²³ Vgl. randnummer 55 e.v. van het bestreden besluit.

56. Met de dienst Datavrije Muziek richt T-Mobile zich (primair) op de Nederlandse markt. Bezien tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat T-Mobile gebruik maakt van een aanmeldprocedure in het Nederlands en op haar overeenkomst Nederlands recht van toepassing verklaart. Dit kan met zich meebrengen dat van buitenlandse aanbieders van muziekstreamingsdiensten mogelijk een extra inspanning wordt vereist, maar dat is naar het oordeel van de ACM onvoldoende om aan te nemen dat dat sprake is van een beperking van de uitoefening van eindgebruikersrechten.

Bezwaren Bits of Freedom in verband met de overeenkomst

57. Volgens Bits of Freedom werpt de overeenkomst, die wordt gesloten tussen T-Mobile en de aanbieder van een muziekstreamingdienst die toetreedt tot de dienst Datavrije Muziek, de volgende drempels op:

- Aanbieders van muziekstreamingsdiensten die niet willen voldoen aan de vertrouwelijkheidsbepaling uit het contract, kunnen niet toetreden;
- T-Mobile kan de technische eisen voor deelname elk moment eenzijdig wijzigen. Indien een aanbieder van een muziekstreamingsdienst zich daar niet aan wil conformeren, kan die niet toetreden; en
- Het beoordelen van de overeenkomst brengt voor de aanbieder van een muziekstreamingsdienst juridische en operationele kosten met zich mee. Een aanbieder van een muziekstreamingsdienst die deze kosten niet kan of wil maken, kan niet toetreden.

Overwegingen ACM

58. Ten aanzien van deze bezwaren merkt de ACM het volgende op. In de omstandigheid dat er mogelijk aanbieders zijn die zich niet willen conformeren aan de vertrouwelijkheidsbepaling (bepalingen 10.1 tot en met 10.4 van de overeenkomst)²⁴, ziet de ACM geen beperking in de rechten van eindgebruikers als bedoeld in de netneutraliteitsverordening. De ACM merkt op dat de overeenkomst zelf niet vertrouwelijk meer is (zie randnummer 49). Dat de contractspartijen jegens derden vertrouwelijkheid kunnen claimen van informatie, documenten of data²⁵ die partijen wisselen in het kader van hun contractuele verhouding is in het contractenrecht algemeen geaccepteerd. Het kan immers gaan om bedrijfsvertrouwelijke informatie van een aanbieder of van T-Mobile. Een beroep op vertrouwelijkheid wordt bovendien geclausuleerd door artikel 10.3 van de overeenkomst. In die bepaling staat wanneer een beroep op vertrouwelijkheid niet opgaat. In het geval dat een aanbieder zich dan toch niet wil conformeren, is dat de keus van de aanbieder, maar dit kan naar het oordeel van de ACM niet als een wezenlijke beperking worden gezien waardoor sprake is van een beperking van eindgebruikersrechten in de zin van de netneutraliteitsverordening.
59. De mogelijkheid in de overeenkomst om de technische vereisten eenzijdig te wijzigen, is opgenomen met het oog op het belang van de integriteit en de veiligheid van het netwerk van T-Mobile en het kunnen blijven aanbieden van de dienst Datavrije Muziek. De ACM ziet in de omstandigheid dat deze bepaling is opgenomen in de overeenkomst geen beperking in de rechten van eindgebruikers als bedoeld in de netneutraliteitsverordening. In het geval T-Mobile daadwerkelijk een wijziging zou doorvoeren, dan kan die zo nodig op dat moment worden beoordeeld en kan worden getoetst of sprake is van een (technische) voorwaarde die

²⁴ De overeenkomst maakt als bijlage onderdeel uit van het bestreden besluit.

²⁵ Artikel 1.4 van de overeenkomst.

een beperking inhoudt van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers als bedoeld in de netneutraliteitsverordening.

60. De omstandigheid dat het beoordelen van de overeenkomst voor een aanbieder juridische- en operationele kosten met zich meebrengt, ziet de ACM niet als een beperking voor de eindgebruikers in de uitoefening van hun rechten als bedoeld in de netneutraliteitsverordening. In het maatschappelijk verkeer is het sluiten van overeenkomsten zeer gebruikelijk. Dat dit kosten met zich meebrengt of kan meebrengen is logisch en maatschappelijk geaccepteerd.

Conclusie eindgebruikersrechten

61. De ACM komt tot de conclusie dat geen sprake is van een beperking van de uitoefening van de rechten van eindgebruikers als bedoeld in artikel 3, tweede lid, juncto artikel 3, eerste lid, van de netneutraliteitsverordening. De in dit verband aangevoerde bezwaren van Bits of Freedom zijn ongegrond.

iv. Het functioneren van het internetecosysteem als een motor van innovatie

Bezwaren Bits of Freedom ten aanzien van het vermeende niet toetsen van het derde doel van de netneutraliteitsverordening

62. Bits of Freedom stelt dat de ACM moet toetsen aan de derde doelstelling van de netneutraliteitsverordening: het functioneren van het internetecosysteem als een motor van innovatie. Bits of Freedom stelt dat de dienst Datavrije Muziek en vergelijkbare diensten de markt ondoorzichtig maken en zullen leiden tot een wildgroei aan diensten met elk hun eigen voorwaarden. De ACM dient, aldus Bits of Freedom, dan ook rekening te houden met het cumulatieve effect van vergelijkbare proposities van andere aanbieders van internetdiensten. Bits of Freedom verwijst daarbij naar proposities in het buitenland.

Overwegingen ACM

63. De ACM oordeelt dat de beoordeling van zero-rating diensten case-by-case geschied. Uit de netneutraliteitsverordening volgt dat nationale regelgevende instanties slechts bevoegd zijn om op de treden bij *“overeenkomsten of commerciële praktijken die de essentie van de rechten van eindgebruikers zouden ondermijnen”*.²⁶ Dit wordt bevestigd door de Guidelines, die stellen dat *“when assessing such agreements or commercial practices like zero-rating (...)”*²⁷ (onderstreping door de ACM). De ACM dient alleen te beoordelen of de dienst Datavrije Muziek in overeenstemming is met de netneutraliteitsverordening en niet wat het cumulatieve effect is van alle zero-rating proposities in Europa.
64. De ACM oordeelt dat geen afbreuk wordt gedaan aan de ononderbroken werking van het internetecosysteem als motor van innovatie nu er, zoals hiervoor in dit besluit uiteengezet, geen schending is van het non-discriminatiebeginsel en geen sprake is van een beperking van eindgebruikersrechten.
65. Gelet op het vorenstaande concludeert de ACM dat het bezwaar van Bits of Freedom ongegrond is.

²⁶ Recital 7, Netneutraliteitsverordening

²⁷ Randnummer 43, Guidelines

5. Dictum

66. De Autoriteit Consument en Markt:

Verklaart de bezwaren van Stichting Bits of Freedom gericht tegen het besluit van 26 september 2017 met kenmerk ACM/DTVP/2017/205487 ongegrond.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g. mr. M.T.P.J. van Oers
Waarnemend Directeur Directie Telecom, Vervoer en Post

Beroep

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.