

Submission to the

EUROPEAN COMMISSION

addressing the questionnaire

FOR THE PUBLIC CONSULTATION ON THE OPEN INTERNET AND NET NEUTRALITY IN EUROPE

September 2010

Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.

Institute for Information, Telecommunication and Media Law
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot

Institute for Information, Organization and Management
Munich School of Management
Ludwig-Maximilians-Universität München, Germany

Prof. Dr. Nico Grove

Assistant Professor for Infrastructure Economics and Management
Bauhaus Universität Weimar, Germany

THE OPEN INTERNET AND NET NEUTRALITY IN EUROPE

I. Preface

Freedom of opinion and innovation have been core principles of the Internet since its early beginnings until these days. Thus, the internet era has brought about an enormous variety of new services and has allowed all users unfettered access to all kind of information. An important condition for this valuable development was and still is the equal treatment of bits and data packages, of applications and services from end to end in internet networks, often called network neutrality. The questioning of the necessity of this network neutrality could endanger the Internet as the heart of the modern information society.

Non-discriminatory access is the fundamental basis for the creation and generation of a multitude of innovations, business models and as such the transfer into the information society. For all of us, internet based communication, information retrieval, entertainment, gaming, shopping or working have become part of our daily life. In some cases, we do not even recognize any more, what the Internet does for us in the back. This trend, known as digitization and convergence, has just begun and we will see a continuation of this far reaching transformation of products, services, markets, institutions and life style.

We concentrate our contribution on question number one of the questionnaire. In addition, we present a proposition for safeguarding Network Neutrality in Europe, enclosed in section three.

The authors want to thank the European Commission for addressing this important matter in public and contribute to the consultation in the following.

Arnold Picot

Bernd Holznagel

Nico Grove

II. Questionnaire

Question 1

Is there currently a problem of net neutrality and the openness of the internet in Europe? If so, illustrate with concrete examples. Where are the bottlenecks, if any? Is the problem such that it cannot be solved by the existing degree of competition in fixed and mobile access markets?

Das Problem der Netzneutralität besteht in Europa. Generell können drei Gefährdungslagen für die Offenheit des Internets unterschieden werden:

1. Der Datenverkehr wird blockiert: Zunächst geht es hier um die Blockade bestimmter Teile des Datentransports. Ein Anreiz für dieses Vorgehen gibt es vor allem für vertikal integrierte Provider. Für solche Unternehmen kann es gewinnmaximierend sein, die Dienste konkurrierender Inhalteanbieter vom Transport durch ihr Netz auszuschließen. In Deutschland ist insbesondere über die Sperrung von Skype auf Smartphones intensiv debattiert worden.
2. Der Datenverkehr im Internet wird verlangsamt: Weiterhin könnte der Netzbetreiber eine Verlangsamung bzw. Priorisierung einzelner Dienste vornehmen. Bei hoher Auslastung der Netze könnten Inhalte und Anwendungen ihren Bedürfnissen entsprechend priorisiert und deren Transport unterschiedlich bepreist werden. Hierin wird jedoch die Gefahr der ungerechtfertigten Diskriminierung einzelner Dienste gesehen.
3. Unerwünschte Inhalte werden manipuliert oder blockiert: Es ist auch vorgekommen, dass Zugangsanbieter unerwünschte Inhalte inhaltlich manipulieren. Der Internetdienstleister Freenet soll im Jahre 2004 bestimmte Webseiten gesperrt haben, weil diese sich kritisch mit dem Geschäftsgebaren der Firma auseinandergesetzt haben.

The problem of net neutrality exists in Europe. In general, three main cases of discrimination of the openness of the internet have to be distinguished:

1. *Data traffic is being blocked:* Data of specific applications and services is blocked. Incentives to do so exist especially for vertically integrated providers in order to maximize profits by excluding services and applications of competing market players. Examples in Germany consist of mobile network operators restricting skype for customers on their network.
2. *Data traffic is being slowed down:* Next to pure blocking, providers are able to either artificially slow down or prioritize specific services and applications on their networks. The transport of applications and services is therefore prioritized according to the needs of the provider. In addition, this allows the provider to charge different rates for data transport of specific services and applications. Providers are arguing this process to be necessary in order to manage high capacity utilization of their networks. However, this differentiation potential in price is regarded as dangerous due to the unjustified discrimination of specific applications and services and, hence content.
3. *Unwanted content is discriminated or blocked:* There exists evidence for the manipulation of content by internet access providers. An example is the German ISP freenet, which is said to have blocked in year 2004 specific websites, addressing freenet's business practices critically.

III. Rechtspolitische Überlegungen

1. Regelungsziele

- Wettbewerbssicherung
- Innovationssicherung (streitig ist, ob dies ein eigenes Ziel ist oder nur ein Unterziel der Wettbewerbssicherung)
- Integritäts- bzw. Authentizitätsschutz (die Inhalte sollen unverändert bleiben und nicht manipuliert werden)
- Der Konsument soll über die Verhältnisse informiert werden, damit er als mündiger Verbraucher ggf. andere Anbieter auswählen kann.

2. Regulierungsprinzipien

- Bei der Verlangsamung und Blockade von Datenpaketen geht es im Kern um die Transportfreiheit. Jedes Transportgut soll auf dem Transportweg gleichbehandelt werden.
- Ein Unterpunkt der Transportfreiheit ist sicherlich auch die Verlangsamung des Transportes.
- Beim Integritäts- und Authentizitätsschutz ist das maßgebliche Anliegen, eine Manipulation des Inhalts oder gar eine Blockade auszuschließen.
- Transparenzerfordernisse sind erforderlich, damit sich der Kunde am Markt bewusst verhalten kann.

3. Regelungsvorschlag zur Gewährleistung von Netzneutralität

(1) Für Angebote in Plattformen/auf TK-Netzen gilt die verfassungsmäßige Ordnung. Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze sind einzuhalten.

Begründung: Damit wird sichergestellt, dass das Diskriminierungsverbot beim Transport nur für legale Inhalte dient. Dies ist eine konsenterte Voraussetzung in den USA.

(2) Der Transport von Telemedien-, Rundfunk- und Telekommunikationsdiensten erfolgt diskriminierungsfrei, es sei denn, der Verpflichtete weist für die Diskriminierung einen sachlich rechtfertigen Grund nach.

Begründung: Ziel ist es, das best-effort-Prinzip unter den neuen Möglichkeiten des „Netzwerkmanagements“ zu gewährleisten. Deshalb wird das Prinzip des diskriminierungsfreien Transports niedergelegt.

(3) Insbesondere dürfen Telemedien-, Rundfunk- und Telekommunikationsdienste durch die Plattformanbieter/TK-Netzbetreiber nicht inhaltlich und technisch verändert werden. Eine technische Veränderung liegt u.a. vor, wenn der Transport blockiert oder verlangsamt wird.

Begründung: Ziel ist die Sicherung der Authentizität der Dienste. Es soll Plattformbetreiber/TK-Netzbetreibern untersagt sein, das Dienstangebot in irgendeiner Form inhaltlich zu manipulieren. Zudem soll eine Blockade oder Verlangsamung des Datentransports verhindert werden.

(4) Ein sachlicher Grund für eine Diskriminierung liegt vor,

i. a. wenn dies aus technischen Gründen, insbesondere aus Gründen des Netzmanagements, erforderlich ist.

ii. b. wenn aus Gründen der Gewinnerzielungsabsicht X Prozent der verfügbaren Transportkapazitäten für Quality-of-Service-Angebote genutzt werden soll. Quality-of-Service-Angebote sind Dienste, die gegen besonderes Entgelt prioritär und unter besonders festgelegten Bedingungen transportiert werden

Begründung: Aus technischen Gründen werden Ausnahmen vom Prinzip des diskriminierungsfreien Transports festgelegt. Quality of Service-Angebote werden zugelassen, jedoch nur in einem bestimmten Umfang der verfügbaren Transportkapazität. Dieser Regelungsansatz lässt dem Plattformanbieter/TK-Netzbetreiber die größte Handlungsfreiheit. Ein Listenprinzip, das permanente Aktualisierung erfordert, ist zu kompliziert und damit in der Praxis wenig tauglich. Zudem sind solche Quantifizierungen bereits in der Praxis erprobt (vgl. 1/3 must-carry-Bereich, 1/3 can-carry-Bereich, 1/3 non-must-carry-Bereich bei der Kabelnetzbelegung).

(5) Transparenzregeln: vgl. § 20, 21 UniversaldiensteRL.

(6) Aufsicht: durch BNetzA oder es wird ein Beschwerdeverfahren geschaffen nach Vorbild der Satzung über Zugangsfreiheit zu den digitalen Diensten und zur Plattformregulierung nach § 53 RStV.

Legal considerations

2. Regulation objectives

- Safeguarding competition
- Safeguarding innovation
(It's unclear, if safeguarding innovation is either a separate regulation target or just a sub-goal of safeguarding competition)
- Safeguarding integrity and authenticity
(content is original and not manipulated in any way)
- Transparency for the consumer
(Consumer has to be informed about conditions to be able to choose as responsible consumer between different providers)

3. Regulation principles

- Regarding discrimination and blocking of data traffic the freedom of transport is affected. Each object to be transported shall be treated equally on its transit path.
- Discrimination or artificially slowing down can be regarded as a sub-item of freedom of transport.
- To ensure integrity and authenticity, manipulation or even blocking of content has to be ruled out.
- Transparency is required for the consumer in order to act responsible on the market.

4. Proposition for safeguarding Network Neutrality

- (1) The constitutional order applies to services based on platforms/on telecommunication networks. It must be complied with general laws and rules.

Justification: This ensures the applicability of the ban on discrimination for legal contents only. This is an agreed upon precondition in the United States.

- (2) The transport of media, broadcast and telecommunication services is provided on a non-discriminatory basis. Exemptions exist for objectively justifiable reasons making discrimination necessary.

Justification: The “best-effort” principle has to be granted within the upcoming new possibilities of “network management” technologies. In consequence the principle of non-discriminatory transport is granted.

- (3) Media, broadcast and telecommunication services must not be manipulated concerning content and technologically by platform providers/telecommunication network operators in particular. Blocking or slowing down transport is regarded as technical manipulation.

Justification: Safeguarding authenticity of services is desired. Platform operators/telecommunication network operators shall be restricted to manipulate services concerning content in any way. In addition, blocking or slowing down of data transport shall be prevented.

- (4) Objectively justifiable reasons for discrimination exist, if
- i. it is required due to purely technological reasons, especially in case of network operation.
 - ii. X percent of available transport capacity shall be used for Quality of Service offerings for commercial reasons. Quality of Service offerings are services to be transported prioritized with special conditions for an additional fee.

Justification: Exemptions from the principle of non-discriminatory transport are granted due to technical reasons only. Quality of Service Offerings are allowed, however, for a specific share of the total transport capacity available only. This regulatory approach allows platform operators/telecommunication network operators the highest freedom of action. Defining a list of services would require permanent updates and is regarded to be way too complicated to be applicable in practice. Furthermore, such quantitative approaches are already proven in practice (as .eg. in case for cable operators’ channel selection: 1/3 must carry section, 1/3 can carry section and 1/3 non-must-carry section).

- (5) Transparency rules: see § 20, 21 Universal Service Directive
- (6) Supervision: either by Federal Network Agency (BNetzA), or a complaints procedure is established, in favor of the German charter for free access to digital services and for platform regulation, the “Satzung über Zugangsfreiheit zu den digitalen Diensten und zur Plattformregulierung” according to § 53 RStV (Rundfunkstaatsvertrag).