

# Regulering van Nulgradering-Internetdienste in Suid-Afrika: *quo vadis?*

Barrie Gordon

---

Barrie J. Gordon, Departement Straf- en Prosesreg, Universiteit van Suid-Afrika<sup>1</sup>

---

## Opsomming

Nulgradering van Internetdienste (*zero rating*) is 'n moderne gebruik waar Internetdiensverskaffers (IDV's) 'n Internettoegangspakket só struktureer dat sekere data teen 'n nulkoers bereken word. Dit het die gevolg dat die gebruiker nie vir daardie data hoef te betaal nie. Hierdie praktyk maak natuurlik sin slegs wanneer daar 'n maandelikse databeperking van 'n spesifieke grootte (*data cap*) ter sprake is. Ongelukkig hou nulgradering nie slegs voordele vir gebruikers in nie, maar daar is heelwat nadelige gevolge wanneer 'n IDV nulgradeer. Hierdie artikel stel eerstens nulgradering binne die konteks van netwerkneutraliteit bekend, en bespreek dan hoe twee state, naamlik Kanada en Nederland, te werk gegaan het om hulle eie telekommunikasiewese teen die nadelige gevolge van nulgradering te beskerm. Dit kan sinvolle lesse inhou vir Suid-Afrika, wat nog geensins gepoog het om nulgradering te reguleer nie.

Nulgradering val binne die groter raamwerk van netwerkneutraliteit. In ons moderne samelewing is die nasionale netwerk, wat op sy beurt gekoppel word aan die groter Internet, van groot ekonomiese belang, en is dit iets wat beskerm moet word tot almal se voordeel. Netwerkneutraliteitsbeginsels lê die fondament vir die beskerming van die nasionale netwerk. Effektiewe regulering van nulgradering is een aangeleentheid wat netwerkneutraliteit ondersteun.

In Kanada is 'n beleid geformuleer om nulgradering te reguleer nadat dit geblyk het dat die mark nulgradering gebruik om monopolieë te vorm. Nulgradering word nie uit en uit verbied nie, maar sekere voorwaardes word neergelê om alle rolspelers die geleentheid te gee om binne die telekommunikasiesfeer mee te ding. In Nederland word nulgradering eweneens gereguleer, maar in *T-Mobile v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 beslis die hof dat nulgradering wél toegelaat moet word weens die unieke interspel tussen Nederlandse- en Europese Unie-wetgewing.

Alhoewel die Suid-Afrikaanse Inligtingskommunikasietegnologie (IKT) Beleidswitskrif bepaal dat nulgradering deur die reguleerder oorweeg moet word, is dit steeds nie gedoen nie,

ten spyte daarvan dat nulgradering reeds algemeen in die Suid-Afrikaanse mark voorkom. Dit kan skadelike gevolge vir die Suid-Afrikaanse telekommunikasiewese inhou.

**Trefwoorde:** databeperking; Internet; Internetdiensverskaffer; netwerkneutraliteit; nulgradering; nulkoers; onderskeidende prysvasstelling; oudiostroming; prysdiskriminasie; regulering; stromingsdiens; videostroming; Web

### *Abstract*

#### **Regulating of Zero-Rating of Internet Services in South Africa: *quo vadis?***

Zero rating of Internet services is a modern practice whereby Internet Service Providers (ISPs) structure an Internet access package in such a way that certain data is calculated at zero rates. As a result, the user does not have to pay for that data. Of course, this practice makes sense only when the user is subject to a monthly or specific size data cap. While the practice of zero rating may benefit users in the short term by saving data costs, it also has very adverse effects for the entire industry in the long run.

This article introduces zero rating within the context of network neutrality, and then discusses how two states, Canada and the Netherlands, have been working to protect their own telecommunications systems against the adverse effects of zero rating. It may contain meaningful lessons for South Africa, which has not yet sought to regulate zero rating.

Zero rating falls within the broader framework of network neutrality. The concept of network neutrality was developed by Timothy Wu in 2003 as an anti-discrimination principle where a balance should be struck between the interests of commercial internet operators and ordinary internet users. Commercial internet operators have the ability to manipulate their networks in such a way that certain data traffic could be “throttled” to the detriment of other data traffic. By doing this, new “faster” Internet packages could be developed (at a higher profit), or specialised packages that give preference to certain applications, like audio or video streaming, could be offered. Wu argued that all data-traffic should be routed on a network-neutral basis. By doing this the data-agnostic architecture of the Internet could be sustained to the benefit of ordinary Internet users.

Zero rating is a practice that infringes upon network neutrality by favouring certain data over others. ISP’s can use zero rating to strengthen their market share, which could be detrimental to smaller role players. This issue was recently brought into focus when a number of smaller ISP’s in Canada brought a complaint to their national telecommunications regulator, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC). The complaint was that Quebecor Media, a large ISP in Canada, was zero rating certain music content, and that this resulted in an unfair advantage to them. Furthermore, it was argued that Quebecor Media was infringing upon section 27(2) of the Canadian Telecommunications Act, which forbade giving any preference to anyone, including itself, by providing a discounted data service.

After investigating the case thoroughly, the CRTC came to the conclusion that Quebecor Media was in fact contravening section 27(2) of the Telecommunications Act. In addition to

this it was putting other ISP's at an unreasonable disadvantage. The CRTC did not prohibit the use of zero rating, but decided to rather lay down principles that should be followed when differential pricing practices (of which zero rating is an example), are considered by ISP's.

The CRTC realised that differential pricing practices could have serious consequences for the entire industry when left unregulated, as it could skew the market in favour of larger role players by creating monopolies. As a result, the *Framework for assessing the differential pricing practices of Internet service providers* was enacted in 2017.

The point of departure for the Framework is that any differential pricing scheme may not infringe upon section 27(2) of the Telecommunications Act. This section stipulates that:

No Canadian carrier shall, in relation to the provision of a telecommunications service or the charging of a rate for it, unjustly discriminate or give an undue or unreasonable preference toward any person, including itself, or subject any person to an undue or unreasonable disadvantage.

The CRTC interprets this provision as a method to enforce network neutrality, and states that all traffic on the Internet should be given equal treatment. This is accomplished by not manipulating or giving preference to certain data. After examining the practice of zero rating, the CRTC comes to the conclusion that it is not really a new technology, but simply a way to market certain products in a creative way. If, however, this leads to unfair competition, then zero rating should be regulated.

It is interesting to note that the CRTC did approve certain types of zero rating. For example, it is common practice that ISPs provide a zero rated service to their customers to access their own accounts. This is usually done by way of a dashboard, where the ISP provides detailed information (often in a graphical format) to their customers on how much data has been used, as well as providing other statistical and billing-related information. To do this uses data, and when this is zero rated, it does not provide any unfair advantage to the particular ISP.

In the Framework the Canadian telecommunications regulator created a system where zero rating was not abolished outright, but rather shaped in such a way to create a space for all role players to compete fairly. This is the correct approach to follow.

In 2017 a Dutch court also had to grapple with regulation of zero rating in *T-Mobile Netherlands v Autoriteit Consument en Markt*. This turned out to be quite a challenge, since legislation from the European Parliament was in direct opposition to that of the Netherlands. Section 3(3) of Regulation 2015/2120 of the European Parliament regulates network neutrality by stating that all data should be treated equally. It does not deal with zero rating by name. In contrast, section 7.4a (3) of the Dutch Telecommunications Act stipulates that ISPs may not fix the price of telecommunication packages by using applications (like Facebook or WhatsApp) or rendering specific services. This strange provision has the effect that zero rating is prohibited in the Netherlands, since zero rating fixes the price on the basis of a specific service (like music or video streaming).

The problem that the Dutch court had to resolve was that the ISP in question did technically not contravene section 3(3) of Regulation 2015/2120, as iInt treated *all* related data on its network equally, but that it did contravene section 7.4a (3) of the Dutch Act by fixing the

price of the package on a specific service (in this case music streaming). After examining both pieces of legislation, the Dutch court came to the conclusion that the two sections are indeed in conflict, and since Dutch law is subservient to European Union law, the latter had to prevail. As a consequence, the zero-rated service was allowed, even though it contravened Dutch law.

The South African regulator (ICASA) can learn much from its Canadian and Dutch counterparts. Although the South African Information Communications Technology (ICT) Policy White Paper states that zero rating should be considered by the regulator, it is still not done, despite the fact that zero rating is already being used extensively in the South African market. The Canadian Framework has shown that zero-rated offerings could prove disastrous for the entire telecommunications sector if left unregulated, as it creates unwanted monopolies. On the other hand, it is sensible not to prohibit zero rating outright, as there are limited situations where this practice should be allowed for the benefit of users. The South African regulator should use the opportunity to regulate zero rating adequately to the benefit of all its people.

**Keywords:** audio streaming; data cap; differential pricing practices; Internet; Internet service provider; network neutrality; price discrimination; regulating; streaming service; video streaming; web; zero-rated; zero rating

## 1. Inleiding

Nulgradering is 'n moderne praktyk waar 'n groot telekommunikasiemaatskappy sekere Internetdienste aan sy klante teen 'n nulkoers bereken.<sup>2</sup> In Engels staan dit bekend as *zero-rating*.<sup>3</sup> Deur te nulgradeer stel die telekommunikasiemaatskappy sy klante in staat om kosteloos van hierdie geselekteerde dienste gebruik te maak. 'n Praktiese voorbeeld van nulgradering in Suid-Afrika is Telkom se LIT-pakket, wat intekenaars toelaat om kosteloos video's van multinasionale videostromingsdienste soos Netflix en Showmax te gebruik.<sup>4</sup>

Die doel van hierdie artikel is tweeledig. In die eerste plek poog die artikel om nulgradering in die groter telekommunikasiereg te vestig. Nulgradering is deel van die groter aangeleentheid van netwerkneutraliteit, en dit word in daardie konteks aangebied. Netwerkneutraliteit word kortliks bespreek, gevolg deur nulgradering waar dié konsep uiteengesit word. Aangesien die regsbeginsele aangaande nulgradering nog nie in 'n Suid-Afrikaanse regstydskrif aangespreek is nie, word daar gepoog om die regsbasis daarvan neer te lê.

Die tweede doel van hierdie artikel is om aan te toon hoe ander state van die wêreld reeds aandag gee aan die regulering van nulgradering, en twee state, te wete Kanada en Nederland, se reguleringspogings word uiteengesit. Hierdie state is gekies omdat Kanada reeds 'n uitgebreide nulgraderingsraamwerk saamgestel het, en Nederland het eweneens nulgraderingswetgewing ingevoer. Nederland is spesifiek gekies om die wisselwerking tussen wetgewing van die Europese Unie en dié van individuele state (soos Nederland) te illustreer. In beide hierdie state is regspraak oor nulgradering reeds gegee, wat tot sinvolle insigte vir Suid-Afrika kan lei. Suid-Afrika se posisie aangaande nulgradering word ook onder die loep geneem, waarna gevolgtrekkings gemaak word.

Nulgradering vorm deel van die groter kwessie van netwerkneutraliteit. Alhoewel netwerkneutraliteit nie 'n nuwe regs kwessie is nie, is dit steeds betreklik onbekend. Daarom word die artikel afgeskop met 'n verduideliking van die konsep van netwerkneutraliteit, en daarna word nulgradering binne die konteks van netwerkneutraliteit aangebied.

## 2. Netwerkneutraliteit<sup>5</sup>

*Netwerkneutraliteit* is 'n begrip wat in 2003 deur Timothy Wu verwoord is om 'n teorie van netwerkregulering voor te stel.<sup>6</sup> Wu het opgemerk dat nuwe tegnologieë op daardie stadium ontwikkel het wat Internetdiensverskaffers (IDV's) in staat gestel het om hul netwerke vir maksimum wins te manipuleer terwyl dit ten koste van verbruikers geskied het.<sup>7</sup> IDV's kan sekere webdienste óf verbied óf so erg smoor dat dit onbruikbaar word. Sommige Internetspeletjies wat intyds tussen verskillende groepe gespeel word, neem byvoorbeeld geweldig baie bandwydte op. Die aanhoudende aflaai van data deur die gebruiker is dikwels nie proporsioneel tot die Internetgebruik van ander gebruikers nie. Daarom het IDV's in die vroeë 2000's begin om sulke speletjies óf af te sny, wat beteken het dat die gebruiker nie die speletjie kon speel nie, óf so te smoor dat data nie behoorlik tussen die bediener en die gebruiker kon vloei nie en die speletjie so stadig was dat dit eenvoudig nie gespeel kon word nie.<sup>8</sup> Daar is vele ander voorbeelde van soortgelyke probleme wat ontstaan, soos onderlinge lêerverspreiding<sup>9</sup> en videostroming tydens Internetspitstye, wat op soortgelyke wyse gesmoor is.<sup>10</sup>

Die konsep van netwerkneutraliteit poog om sinvolle beginsels neer te lê vir hierdie probleme. Wu verduidelik die doelwitte van netwerkneutraliteit:

What follows is a proposed antidiscrimination principle (a rule, only if necessary). The effort is to strike a balance: to forbid broadband operators, absent a showing of harm, from restricting what users do with their Internet connection, while giving the operator general freedom to manage bandwidth consumption and other matters of local concern.<sup>11</sup>

Die oogmerk van netwerkneutraliteit is dus om die speelveld as't ware gelyk te maak sodat IDV's aan die een kant by magte is om hul netwerke so te struktureer dat dit sy integriteit behou en gelyke-kwaliteit-diens aan ál sy gebruikers verleen terwyl dit ook verbruikers in staat stel om alle dienste van die Internet sonder beperkings te gebruik.<sup>12</sup> 'n Uitstekende definisie van netwerkneutraliteit is te vinde by 'n Verenigde Koninkryk-verslag oor Europese Unie-netwerkstrukturering:

Net neutrality is the principle that Internet service providers and governments should treat all data on the Internet equally, not discriminating or charging differentially by user, content, site, platform, application, type of attached equipment, and modes of communication.<sup>13</sup>

Wu verduidelik dat netwerkneutraliteit eintlik die einddoel is, maar dat 'n verskeidenheid ander begrippe 'n rol speel om dit te bereik.<sup>14</sup> Breëband-diskriminasie (*broadband discrimination*) en vrye toegang (*open access*) is die twee belangrikstes.<sup>15</sup>

Breëband-diskriminasie beteken dat 'n IDV sekere gedrag op sy netwerk verbied.<sup>16</sup> Dit word soms gedoen om die netwerk te beskerm, soos in die geval van virusprogramme wat verwyder word,<sup>17</sup> maar dit kan ook meer subtiel wees, byvoorbeeld waar 'n IDV sekere pakkette aanbied wat verskillende dienste lewer.<sup>18</sup> Die probleem met prysdiskriminasie is dat dit dikwels geforseerd is: die IDV verdeel die dienste op sy netwerk en bied dan 'n afgewaterde diens teen 'n laer koste aan, terwyl die beter diens teen 'n baie hoër premie verskaf word.<sup>19</sup> Wu meen hierdie tipe diskriminasie is teenproduktief, aangesien dit nuwe ontwikkelings op die Internet verhinder.<sup>20</sup>

IDV's bondel soms 'n verskeidenheid web- en ander dienste saam met 'n Internet-toegangspakket. Wu is van mening dat hierdie gebruik so ver moontlik beperk moet word, en meen dat dit nie "vrye toegang" bevorder nie. Meer spesifiek beperk dit kompetisie op die Internet.<sup>21</sup>

In 2014 het 'n nuanse van hierdie beginsel wye opspraak gemaak toe die negatiewe gevolge van so 'n stelsel openbaar gemaak is: Comcast, die VSA se grootste Internetdiensverskaffer, en Netflix, 'n reuse-filmstromingsmaatskappy, het 'n ooreenkoms bereik waarvolgens Comcast vinniger stromingsdienste aan Netflix as aan ander mededingende filmstromingsmaatskappye sal lewer (laasgenoemde se films word dus gesmoor).<sup>22</sup> Die gevolge is baie duidelik: as 'n fliëkvlooi gereeld van Netflix gebruik maak, sal dit hom baat om Comcast as IDV te gebruik; en Netflix kan films vinniger aan die meeste van sy gebruikers stroom, aangesien Comcast die grootste IDV in die VSA is en noodwendig die IDV van meeste van Netflix se klantebasis vorm. Deur die saambondeling van IDV-dienste met vinniger Netflix-videostroming verkry Comcast 'n onregverdigde voordeel bo sy mededingers.

Wu verduidelik dat die oplossing vir hierdie probleem te vinde is in die beginsel dat elke IDV moet verstaan dat hy deel is van twee netwerke: die een is sy eie kommersiële netwerk, en die tweede is die skakeling tussen verskillende IDV's om 'n groter netwerk te vorm, oftewel 'n inter-netwerk.<sup>23</sup> Die beginsel van netwerkneutraliteit is dan dat "by adopting the basic principle that broadband operators should have full freedom to 'police what they own' (the local network) while restrictions based on inter-network *indica* should be viewed with suspicion".<sup>24</sup> Hierdie beginsel is van die uiterste belang, en vorm die kern van netwerkneutraliteit: IDV's mag hul eie netwerke beheer en administreer, maar indien enige netwerkmanipulering die gevolg gaan hê dat die inter-netwerk daardeur beïnvloed gaan word, moet die veranderinge op die plaaslike netwerk nie toegelaat word nie.<sup>25</sup>

Dit is dus verkeerd om te beweer dat netwerkneutraliteit te doen het met 'n gebrek aan beheer en dat IDV's se netwerke totaal ongereguleerd moet wees.<sup>26</sup> Wat Wu aanvoer, is dat die inter-netwerk ongeaffekteer moet bly deur enige regulering deur individuele IDV's.<sup>27</sup> Dit beteken dan dat 'n IDV wél sy netwerk kan manipuleer om 'n kwaliteit diens (*Quality of Service*, of *QoS*) aan sy gebruikers te lewer *solank daardie manipulasie nie die groter inter-netwerk beïnvloed nie*.

Indien hierdie beginsel op die *Comcast*-geval soos hier bo bespreek, toegepas word, is dit duidelik dat die Comcast/Netflix-ooreenkoms die beginsel van netwerkneutraliteit ondermyn. Dit is so deurdat nie slegs Comcast se privaat netwerk deur die ooreenkoms beïnvloed word nie, maar deurdat dit ook wyer na die inter-netwerkdeurfiltreer – ander IDV's verkry

“gewone” stromingspoed terwyl Comcast “vinniger” stromingspoed verkry. In kort: Comcast en Netflix word ten koste van die inter-netwerk bevoordeel.

Wu voer aan dat die korrekte wyse waarop IDV’s op hul netwerke behoort te diskrimineer, nie moet wees deur webdienste te smoor of saamgebondelde pakkette te verskaf nie, maar eerder deur verskillende bandwydtepakette aan te bied.<sup>28</sup> Sodoende kan die gebruiker kies watter spoed hy op die Internet verlang, en IDV-pakkette dienooreenkomstig kies.

In sy artikel maak Wu ’n verskeidenheid voorstelle oor hoe die beginsel van netwerkneutraliteit in wetgewing vervat kan word.<sup>29</sup> Die beginsel van netwerkneutraliteit word geformuleer dat ’n IDV “shall impose no restrictions on the use of an Internet connection”, maar dat sekere uitsonderings wel gemaak kan word. Voorbeelde van die uitsonderings is (a) om aan ’n statuut of hofbevel te voldoen, (b) om die netwerk se integriteit te verseker, en (c) om aan alle gebruikers diens van dieselfde gehalte te verskaf.<sup>30</sup>

Sedert Wu sy artikel oor netwerkneutraliteit geformuleer het, het verskeie regerings oor die wêreld heen die belang van ’n oop internetwerk begin insien en dit in wetgewing vervat. Argentinië het byvoorbeeld in 2014 bepaal dat netwerkneutraliteit in hul digitale wetgewing ingeskryf word.<sup>31</sup> Net so het Kanada se Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) ’n rits regulasies uitgevaardig wat netwerkneutraliteit in die wetgewing invoer.<sup>32</sup> Ander state, soos Chili, Brasilië, die Verenigde Koninkryk, Nederland, Slowenië en Noorweë, het soortgelyke maatreëls ingestel.<sup>33</sup>

### 3. Nulgradering

#### 3.1 Inleiding

Nulgradering is een van vele wyses waarop netwerkneutraliteit geskend kan word. Dit is ’n moderne praktyk waar groot telekommunikasiemaatskappye sekere Internetdienste aan klante op ’n nulkoers aanbied. Dit beteken dus dat sekere dataverkeer óf glad nie teen die maandelikse kwota gereken word nie, óf teen ’n afslag bereken word.<sup>34</sup>

Dit is vanselfsprekend dat daar van nulgradering sprake kan wees slegs waar die telekommunikasiemaatskappye ’n spesifieke datatoegif (*data cap*) as deel van sy produk aanbied.<sup>35</sup> Wanneer ’n datapakket met onbeperkte data ter sprake is, sou dit sinloos wees om enige vorm van nulgradering toe te pas, aangesien die gebruiker ’n vasgestelde fooi betaal ongeag die hoeveelheid data wat hy verbruik. Tans word nulgradering veral in die konteks van mobiele data gebruik, aangesien hierdie vorm van data steeds betreklik duur is.<sup>36</sup>

Die CRTC meld dat nulgradering plaasvind wanneer “data from a certain source (e.g. a particular website or application) is discounted or not counted at all against a customer’s monthly data cap, while all other data is counted against the cap”.<sup>37</sup>

’n Konkrete voorbeeld van nulgradering in Suid-Afrika is te vinde in Telkom se LIT-pakket, waar video- en oudiostroming toegelaat word sonder dat dit teen enige datapakket verreken word.<sup>38</sup>

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of die praktyk van nulgradering aangemoedig behoort te word, aangesien dit laer kostes vir verbruikers inhou deurdat hulle nie ekstra hoef te betaal vir video- en oudiostroming nie. Hierdie dienste is gewoonlik dié wat die meeste data verbruik, en as dit nie teen die verbruiker se datapakket verreken word nie, kan meer verbruikers toegang tot video- en oudiostroming verkry. Tog hou hierdie siening nie rekening met die verskuilde gevare van nulgradering nie, en is die praktyk van nulgradering reeds in verskeie state verbied. Kanada is 'n staat waar nulgradering verbode is, en hul wetgewing en regspraak word vervolgens bespreek om kwessies oor nulgradering verder toe te lig.

### 3.2 Nulgradering in Kanada

#### 3.2.1 Agtergrond

Telekommunikasie in Kanada word deur die CRTC beheer.<sup>39</sup> Die kommissie rapporteer aan die Kanadese parlement deur die minister van kommunikasie.<sup>40</sup>

Die beleid van netwerkneutraliteit in Kanada (en spesifiek nulgradering in hierdie konteks) word nie in 'n enkele wet vervat nie. Die CRTC meld sêlf dat onderskeidende prysvasstelling een aangeleentheid van netwerkneutraliteit vorm, en dat die beslissings en beleid van die CRTC (soos direk hier onder bespreek), Kanada se netwerkneutraliteitsraamwerk bevat.<sup>41</sup>

Die kwessie van nulgradering is spesifiek op die spits gedryf toe die CRTC verskeie klagtes ontvang het dat Quebecor Media (Videotron Ltd) artikel 27(2) van die Telekommunikasiewet<sup>42</sup> van Kanada oortree. Laasgenoemde artikel meld dat geen diensverskaffer op 'n onregverdige wyse teen iemand mag diskrimineer nie, en ook nie 'n onredelike voorkeur aan enigiemand mag verskaf nie.<sup>43</sup> Gevolglik moes die CRTC spesifiek oor die aangeleentheid beslis. Die gevolg was die *Quebecor Media (Videotron Ltd)*-beslissing, asook 'n nuwe CRTC-beleid wat op daardie beginsels geskoei is.

#### 3.2.2 Quebecor Media (Videotron Ltd)-beslissing

Videotron is 'n Kanadese telekommunikasiemaatskappy wat 'n verskeidenheid dienste, soos kabel-TV en selfoontoegang, bedryf.<sup>44</sup> In 2015 loods die maatskappy 'n Unlimited Music Program wat behels dat klante wat spesifieke, duurder selfoonpakkette uitneem, outomaties van 'n musiekstromingsdiens gebruik kan maak sonder dat die stroming enige data verbruik.<sup>45</sup> Dit is belangrik om daarop te wys dat die Unlimited Music Program 'n keur van 'n klein groepie uitgesoekte musiekstromingsverskaffers is. Hierdie is almal derdepartymaatskappye wat nie deel vorm van Videotron self nie. Intekenaars van die Unlimited Music Program het 'n gratis subskripsie van die derdepartymaatskappye ontvang wanneer hulle aan Videotron se Unlimited Music Program deelgeneem het. (Die derdepartymusiekstromingsdiens was uiteraard ook beskikbaar vir ander selfoonmaatskappye se klante, asook Videotron se klante wat goedkoper pakkette geneem het, maar dan is dit as 'n afsonderlike diens beskou wat 'n afsonderlike maandelikse subskripsiefooi geverg het. Dit het ook – in die geval van Videotron se “goedkoper” klante – beteken dat nulgradering nie van toepassing was nie, en die data van daardie musiekstromingsdienste as deel van die maandelikse datapakket afgetrek is.)<sup>46</sup>

Wanneer verbruikers van die duurder pakkette die gratis stromingsdiens gebruik terwyl hulle buite die opvangsgebied van Videotron se eie selfoontorings is, en dus van ander



selfoonmaatskappye se torings gebruik maak (sogenaamde *roaming*), word die diens nie as 'n gratis diens beskou nie en word data wel afgetrek<sup>47</sup> (waarskynlik om die interkonneksiefooi te betaal).<sup>48</sup>

Die gevolg van Videotron se gratis stromingsdiens is dat verbruikers eerder hul selfoonkontrakte by Videotron uitneem, aangesien dit 'n diens aanbied waarmee ander diensverskaffers nie kan kompeteer nie. Verskeie selfoonmaatskappye het 'n klag by die CRTC ingedien, en aangesien die CRTC van mening was dat nulgradering 'n algemene praktyk sou word, is besluit om hierdie saak as 'n basis vir regulasie te gebruik.<sup>49</sup>

Die basis van die klag teen Videotron was tweërlei: daar is aangevoer dat Videotron enersyds die beginsels van netwerkneutraliteit verontagsaam, en andersyds dat hul gratis stromingsproduk artikel 27(2) van die Telekommunikasiewet oortree.<sup>50</sup> Hierdie artikel bepaal soos volg:

No Canadian carrier shall, in relation to the provision of a telecommunications service or the charging of a rate for it, unjustly discriminate or give an undue or unreasonable preference toward any person, including itself, or subject any person to an undue or unreasonable disadvantage.<sup>51</sup>

Die klag dat nulgradering die beginsels van netwerkneutraliteit verontagsaam, behels dat nulgradering deur 'n groot telekommunikasiemaatskappy sal veroorsaak dat nuwe toetreders tot die mark so benadeel word dat hulle eenvoudig nie kan meeding nie.<sup>52</sup> Die gratis diens wat Videotron aanbied, het ook die gevolg – aldus die klagtes – dat Videotron as hekwagter optree en die vermoë het om “goeie” dienste van “slegte” dienste te onderskei. Dit beteken dat wanneer derdepartymaatskappye wat musiek aanbied<sup>53</sup> (sogenaamde *content providers*) met Videotron kontrakteer, Videotron kan besluit of die derde partye se musiek genulgradeer sal word of nie. Slegs die gewildste musiekverskaffers se musiek sal genulgradeer word, terwyl ander musiekverskaffers sal moet toekyk hoe hul luisteraarstal taan omdat die aflaai van musiek wél teen die data-beperking verreken word.<sup>54</sup>

Videotron het toegegee dat hul produk 'n voordeel aan klante verskaf, maar het aangevoer dat dit geensins onregverdig is nie.<sup>55</sup>

In sy beslissing kom die CRTC tot die slotsom dat Videotron se nulgraderingsproduk wél 'n voordeel bo ander diensverskaffers verleen. Die aangeleentheid wat egter nog beslis moes word, was of Videotron se nulgraderingspakkette 'n *onregverdige* voordeel verskaf.<sup>56</sup>

Die CRTC merk op dat daar vele Internet-radiostasies bestaan wat soortgelyke musiek aan dié van die Unlimited Music Program verskaf, maar aangesien hierdie radiostasies nie deel van die Unlimited Music Program is nie, word hul dienste nie genulgradeer nie.<sup>57</sup> Videotron se praktyk van selektiewe nulgradering is dus “generally harmful to consumers and content providers, as it favours particular content or applications over others. Over time, this type of practice could discourage the development of other applications and services, to the detriment of Canadians”.<sup>58</sup> Die CRTC beslis dat Videotron se nulgraderingsdienste nie aan die vereistes van artikel 27(2) voldoen nie, en gee opdrag dat Videotron binne 'n bepaalde tyd moet aantoon dat hy die regsvereistes nakom.<sup>59</sup> Die gevolg was dat die praktyk van nulgradering van selektiewe dienste ontoelaatbaar bevind is.

### 3.2.3 Raamwerk vir onderskeidende prysvasstelling

Op dieselfde dag waarop die Videotron-beslissing gegee is, het die CRTC 'n reguleringsbeleid getiteld *Framework for assessing the differential pricing practices of Internet service providers* uitgevaardig.<sup>60</sup> Daarin word in besonderhede uitgebrei oor hoe nulgradering hanteer behoort te word.

Ten aanvang bespreek die beleid die verhouding tussen nulgradering en artikel 27(2) van die wet.<sup>61</sup> Die argument wat aangevoer word, is dieselfde as wat hier bo in die Videotron-beslissing bespreek is, en daarom sal dit nie weer hanteer word nie. Die CRTC se slotsom is eweneens dieselfde as die Videotron-beslissing, naamlik dat nulgradering in wese die bepaling van artikel 27(2) van die wet oortree.<sup>62</sup> Die CRTC is egter huiwerig om nulgradering uit en uit te verbied, en het daarom besluit om riglyne te gee oor watter gedrag as 'n oortreding van artikel 27(2) beskou sal word.<sup>63</sup> Die CRTC span die net effens wyer deur nie slegs oor nulgradering te beslis nie, maar deur ook onderskeidende prysvasstelling (*differential pricing practices*) te oorweeg. Laasgenoemde sluit nulgradering in, maar is nie beperk daartoe nie, aangesien enige vorm van korting of afslag op verrekening van 'n datapakket as onderskeidende prysvasstelling beskou sal word.<sup>64</sup> Die CRTC kom tot die slotsom dat nulgradering eintlik nie 'n nuwe tegnologie is nie, maar dat dit bloot 'n wyse is om bemerking te doen.<sup>65</sup> Dit is bloot 'n gebruik wat sekere dienste bo ander verkies, en die gevolg daarvan is dat dit vernuwing in die telekommunikasiesektor verhinder.<sup>66</sup>

Om behoorlik konteks aan die onderwerp te gee, wys die CRTC daarop dat daar tóg gevalle kan wees waar onderskeidende prysvasstelling – en dus ook nulgradering – toelaatbaar kan wees. Die eerste is waar data nie volgens inhoud genulgradeer word nie, maar volgens die tyd van die dag. 'n Voorbeeld hiervan is waar alle datagebruik op sekere tye – soos na ure – nie verreken word teen die datatoelaag van die gebruiker nie. In so 'n geval is die data agnosties, en word die onderskeidende pryse op alle vorme van data toegepas.<sup>67</sup> 'n Tweede vorm van toelaatbare nulgradering is waar die IDV nie data tel wanneer die gebruiker toegang tot sy eie rekening verkry.<sup>68</sup> Daar bestaan 'n algemene gebruik by IDV's om 'n webtuiste vir sy eie gebruikers te skep waar hulle gedetailleerde inligting kan kry oor maandelikse, daaglikse en uurlikse gebruik van data. Die data wat benodig word om hierdie inligting op die gebruiker se elektroniese toestel te wys, word dan nie getel teen die gebruiker se maandelikse toelaag nie. Volgens die CRTC is hierdie vorm van nulgradering heeltemal toelaatbaar.<sup>69</sup>

### 3.2.4 Samevatting

Uit die bespreking hier bo blyk dit dat die CRTC baie duidelike riglyne neergelê het aangaande nulgradering van en korting op datatoelaes. In beginsel word kortings en nulgradering op spesifieke dienste nie toegelaat nie, aangesien dit 'n onregverdigde voordeel verleen aan die betrokke IDV wat die nulgradering bedryf. Die negatiewe gevolge van nulgradering weeg swaarder as enige voordele wat verbruikers kan verkry. Die uitsonderings op kortings en nulgradering is baie beperk, naamlik korting op data-agnostiese dienste, asook nulgradering in die geval van rekening-toegang.<sup>70</sup>

### 3.3 Nulgradering in die Europese Unie

#### 3.3.1 Regulasie 2015/2120 van die Europese Parlement

Die Europese Parlement het in 2015 regulasie 2015/2120 uitgevaardig. Hierin word verskeie riglyne neergelê wat Internetdienste in die EU waarborg. Artikel 3(3) bevat 'n netwerkneutraliteitsbeginsel wat soos volg lui:

Providers of internet access services shall treat all traffic equally, when providing internet access services, without discrimination, restriction or interference, and irrespective of the sender and receiver, the content accessed or distributed, the applications or services used or provided, or the terminal equipment used.<sup>71</sup>

Uit hierdie artikel blyk dit baie duidelik dat IDV's onder 'n verpligting staan om alle data gelyk te behandel. Geen vorm van diskriminasie van data word toegelaat nie. Om die artikel nog duideliker te maak, bepaal die artikel verder dat IDV's in die besonder nie enige datavloei mag blokkeer, vertraag, verander of tussen verskillende soorte inhoud (*content*) mag diskrimineer nie.<sup>72</sup> Uit die bewoording van die artikel word die beginsel van netwerkneutraliteit baie duidelik uitgestippel, maar die praktyk van nulgradering word nie spesifiek verbied nie. Die naaste wat die Europese Parlement kom aan die regulering van nulgradering, is deur te noem dat 'n IDV nie mag *discriminate between content* nie.<sup>73</sup>

Om IDV's nie geheel en al aan bande te lê nie, bepaal artikel 3(5) van die regulasie dat IDV's wêl by magte is om "services other than internet access services which are optimised for specific content, applications or services, or a combination thereof" aan te bied.<sup>74</sup> In wese beteken dit dat IDV's se besigheid nie beperk word tot Internettoegang nie, maar dat IDV's ook inhoud – soos musiek- en videostroming – as deel van hul pakkette mag aanbied.

In 2017 is die uitleg van artikel 3 van die EU-regulasie in 'n Nederlandse beslissing hanteer, en alhoewel artikel 3(3) op die oog af baie duidelik lyk, het die Nederlandse uitspraak gewys dat dit geensins die geval is nie. Die basiese wetgewing aangaande nulgradering in Nederland word kortliks bespreek, en dan word artikel 3(3) soos so pas verduidelik, weer eens in die konteks van die Nederlandse uitspraak onder die loep geneem.

#### 3.3.2 Nulgradering in Nederland

##### 3.3.2.1 Agtergrond

Telekommunikasie in Nederland word deur die Telecommunicatiewet gereguleer.<sup>75</sup> Artikel 7.4a (3) van die wet bepaal dat IDV's nie hul tariewe mag baseer op dienste en toepassings nie. Dit is 'n eienaardige bepaling wat eintlik beteken dat wanneer IDV's die prys van 'n betrokke pakket saamstel, hulle dit moet baseer op aspekte soos spoed en die grootte van die databeperkings. IDV's mag dus nie die in- of uitsluiting van dienste (soos video- en musiekstroming), of toepassings (soos WhatsApp en Facebook) as basis van prysvasstelling gebruik nie.<sup>76</sup> Die gevolg van hierdie bepaling is dat nulgradering nie in Nederland toegelaat word nie, want nulgradering gebruik juis dienste en toepassings as die basis van prysvasstelling.

### 3.3.2.2 T-Mobile-beslissing

In Oktober 2016 het die Nederlandse selfoonmaatskappy T-Mobile 'n nuwe produk bekendgestel waardeur gebruikers musiekstroming teen 'n nulkoers kon ontvang.<sup>77</sup> Die Nederlandse telekommunikasiereguleerder, Autoriteit Consument en Markt (ACM), het T-Mobile verbied om hierdie diens verder aan te bied, aangesien dit teen die Nederlandse Telecommunicatiewet indruis.<sup>78</sup> Dit wil voorkom of die ACM baie vinnig tot die kern van nulgradering kon deurdring, aangesien 'n ACM-raadslid dit baie skerpsinnig stel: “There is no such thing as free data: it causes other services to become more expensive.”<sup>79</sup> Die ACM het dan ook boetes teen T-Mobile ingestel indien hulle nie dadelik hul nulgraderingspraktyke staak nie.<sup>80</sup>

T-Mobile was natuurlik nie met hierdie toedrag van sake tevrede nie, en het hulle tot die hof gewend. In *T-Mobile Netherlands v Autoriteit Consument en Markt*<sup>81</sup> word die Nederlandse hof genoop om nulgradering onder die loep te neem, en beslis dat T-Mobile se aansoek toegestaan moet word.<sup>82</sup> Om die hof se eenaardige gevolgtrekking te verstaan, moet die beslissing in meer besonderhede verduidelik word.

In die eerste plek het T-Mobile nie in die strik getrap waarin Videotron in Kanada getrap het nie. T-Mobile het sy genulgradeerde musiekstromingsdiens vir enige inhoudverskaffer oopgestel. Dus kon enige diens of radiostasie in Nederland kosteloos aan T-Mobile se musiekstromingsdiens deelneem (in teenstelling met Videotron, wat sy musiekstromingsdiens slegs aan sekere musiekdiensverskaffers oopgestel het).<sup>83</sup>

In die tweede plek moet die verband tussen EU-wetgewing en dié van Nederland beter verstaan word om die hof se beslissing te begryp. Enersyds word netwerkneutraliteit in Nederland gereguleer deur Regulasie 2015/2120 van die Europese Parlement, veral artikel 3 (soos hier bo genoem). Andersyds reguleer artikel 7.4a (3) van die Telecommunicatiewet dieselfde aangeleenthede. T-Mobile se regsman het aangevoer dat dié bepalinge teen mekaar indruis.<sup>84</sup> Hul standpunt was dat T-Mobile nie die bepalinge van artikel 3 oortree nie. Uit 'n taalkundige oogpunt gelees, blyk dit dat artikel 3(3) slegs op data van toepassing is, en nie op aanbieding van pakkette aan eindgebruikers (*commerciële afspraken*) nie.<sup>85</sup> Art. 3(3) meld dat 'n IDV “shall treat all traffic equally”, en dit is presies wat T-Mobile gedoen het – hulle het alle musiekstromingsdata op 'n nulkoers behandel. Hulle het ook alle data van alle musiekstromingsdienste gelyk behandel. Dus voldoen hulle tegnies aan artikel 3(3)!<sup>86</sup>

Verder het T-Mobile die ACM gelyk gegee dat hy wél die bepalinge van artikel 7.4a (3) van die Telecommunicatiewet oortree. (Hier bo is reeds aangetoon dat artikel 7.4a (3) van die Telecommunicatiewet nulgradering verbied.) Tóg – argumenteer T-Mobile – behoort sy aansoek steeds te slaag, want die Nederlandse Telecommunicatiewet is ondergeskik aan die bepalinge van Regulasie 2015/2120 van die Europese Parlement, en moet daarom verontagsaam word.<sup>87</sup> Om dus saam te vat, word aangevoer dat T-Mobile nie die bepalinge van artikel 3(3) verontagsaam nie, en hul nulkoersmusiekpakket is wettig omdat artikel 7.4a (3) van die Telecommunicatiewet onreëlmatig is.

Nadat die hof al die betrokke bepalinge bestudeer het, het die hof T-Mobile gelyk gegee.<sup>88</sup> Regulasie 2015/2120 reguleer wél netwerkneutraliteit, maar verbied geensins nulgradering nie. Nulgradering word gereguleer slegs in die mate dat alle inhoud gelyk hanteer word (en T-Mobile hét *alle* musiekstroming op 'n nulkoers hanteer). Eweneens sê die hof dat die

Nederlandse wetgewer fouteer het deur strenger reëls aangaande nulgradering neer te lê as wat die EU se Regulasie 2015/2120 doen. Die hof bepaal spesifiek: “Artikel 7.4a, derde lid, ... is dan ook onmiskenbaar in stryd met de netneutraliteitsverordening.”<sup>89</sup> Gevolglik word T-Mobile toegelaat om sy musiekstromingspakket onbelemmerd verder aan te bied.

Wanneer oor hierdie uitspraak besin word, laat dit egter tog ’n onbevredigende gevoel. Die Nederlandse wetgewer het immers duidelik uitgestippel dat nulgradering verbied behoort te word, en ten spyte daarvan dat nulgradering nie spesifiek deur die EU Regulasie hanteer word nie (maar slegs netwerkneutraliteit in die algemeen), word die praktyk van nulgradering deur die hof goedgekeur. Ek meen dat die probleem daarin lê dat hierdie aangeleentheid uit twee oogpunte beskou kan word.

Die eerste sienswyse is om artikel 3 in die konteks van die spesifieke IDV te sien. Dit is wat die Nederlandse hof gedoen het. T-Mobile verontagsaam tegniese nie artikel 3 nie, aangesien hy geen beperkings op die data plaas nie, en ook nie daarmee inmeng nie. Alle musiekstroming word op ’n nulloers hanteer, dus word daar tegniese ook nie gediskrimineer nie.<sup>90</sup> T-Mobile het selfs so ver gegaan om nie teen inhoudverskaffers te diskrimineer nie, aangesien alle inhoudverskaffers kosteloos aan die nulgraderingspakket kon deelneem. Uit hierdie hoek is dit te verstane dat die hof tot die gevolgtrekking gekom het dat T-Mobile se aansoek behoort te slaag.

Die tweede sienswyse toon egter ’n heel ander prentjie. Die Internet is ’n geïntegreerde stelsel, waar daar nie net na die betrokke IDV gekyk moet word nie, maar ook en eerder na die inter-netwerk en al die rolspelers wat daarby betrokke is (sien die bespreking van Wu se artikel hier bo). Die Kanadese reguleerder, CRTC, het die Videotron-saak beter benader deur te verduidelik dat daar vier soorte rolspelers is wat deur nulgradering beïnvloed kan word, te wete (a) ’n bevoordeling van sekere gebruikers; (b) ’n bevoordeling van sekere inhoudverskaffers; (c) ’n benadeling van sekere gebruikers; en (d) ’n benadeling van sekere inhoudverskaffers.<sup>91</sup> Hierdie vier groepe wys duidelik dat die inter-netwerk in aanmerking geneem moet word wanneer nulgradering beoordeel word, en nie bloot die spesifieke IDV wat ondersoek word nie. Waar hierdie tweede sienswyse op die T-Mobile-geval toegepas word, is dit duidelik dat nie slegs gebruikers van ander IDV’s benadeel word nie, maar ook ander IDV’s self, aangesien kleiner IDV’s nie met die groter IDV’s kan meeding wanneer laasgenoemde nulgradering toepas nie.

Interessant genoeg is die tweede sienswyse die aanslag wat die ACM in die T-Mobile-beslissing gevolg het. Sy regspraak het aangevoer dat artikel 7.4a (3) van die Telecommunicatiewet slegs ’n “invulling van de ruimte” is – met ander woorde dat artikel 7.4a (3) bloot die neutraliteitsbeginsels van artikel 3 van die EU-regulasie toelig.<sup>92</sup> Deur dit te doen, poog die Telecommunicatiewet om regverdig teenoor alle rolspelers van die inter-netwerk te wees, en word artikel 3 van die EU-regulasie nie bloot op individuele IDV’s toegepas nie. Die hof het egter nie hierdie sienswyse aanvaar nie, omdat hy nie die groter inter-netwerk in ag geneem het nie.

### ***3.4 Nulgradering in Suid-Afrika***

Daar bestaan heelwat wetgewing wat die telekommunikasiewese in Suid-Afrika reguleer. Die Wet op Elektroniese Kommunikasie<sup>93</sup> is die primêre bron van regulering van telekommunikasiedienste, en die Onafhanklike Kommunikasie-Owerheid van Suid-Afrika

(OKOSA) is die primêre reguleringsagentskap.<sup>94</sup> Elektroniese kommunikasie word verder gereël deur die Wet op Elektroniese Kommunikasies en Transaksies,<sup>95</sup> wat byvoorbeeld bepaal dat databoodskappe as bewysmateriaal in hofgedinge gebruik mag word.<sup>96</sup> Die Wet op die Reëling van Onderskepping van Kommunikasies en Verstrekking van Kommunikasie- verwante Inligting<sup>97</sup> reguleer primêr die onderskepping van elektroniese kommunikasies.

Ten spyte van hierdie wetgewing bly nulgradering 'n nuwigheid in Suid-Afrika. Daar bestaan tans geen wetgewing oor nulgradering nie, maar die Nasionale Geïntegreerde IKT Beleid-witskrif ("die witskrif"), wat op 28 September 2016 uitgevaardig is, maak wêl melding daarvan.<sup>98</sup> Hiervolgens is die regering in breë trekke daartoe verbind om netwerkneutraliteit in die Suid-Afrikaanse ontwikkelingsbeleid in te werk,<sup>99</sup> en word daar spesifiek genoem dat die reguleerder 'n ondersoek van stapel moet stuur om te bepaal of reëls aangaande nulgradering neergelê behoort te word.<sup>100</sup> Die skrywers van die witskrif is deeglik daarvan bewus dat nulgradering 'n tweesnydende swaard is wat enersyds toegang tot internetdienste aan minderbevoorregte mense in Suid-Afrika bied, maar andersyds 'n antikompeterende gevolg kan bewerkstellig. Dit wil voorkom of toegang tot webwerwe van openbare belang (*public interest sites*) vir die regering van kardinale belang is wanneer nulgradering oorweeg sal word:

Government will therefore direct the regulator to specifically consider in its study on net neutrality whether or not to permit zero-rating of key public sector / public interest sites, services and applications. The needs of users and the public policy objectives of government should be paramount considerations in this regard and the impact this would have on driving uptake of technology and the effects on the viability of operators.<sup>101</sup>

Ten spyte daarvan dat die witskrif reeds in 2016 uitgevaardig is, het OKOSA steeds geen woord oor nulgradering gerep nie.<sup>102</sup> Hierdie stand van sake is uiters onbevredigend, aangesien groot telekommunikasierolspelers reeds 'n geruime tyd lank van nulgradering gebruik maak, en dit die telekommunikasiesektor in die breë erg kan benadeel. Futter en Gillwald van researchICTAfrica.net noem reeds in 2015 die voorbeeld van Facebook wat die voordeel van nulgradering ontvang terwyl dit nie vir Suid-Afrikaanse mededingers beskikbaar is nie – wat dus 'n versmorende invloed op plaaslike mededingers het.<sup>103</sup>

Sedert die witskrif in Suid-Afrika uitgevaardig is, het nulgradering reeds 'n algemene verskynsel in die plaaslike mark geword.<sup>104</sup> Voorbeelde hiervan is:

- Al die groot banke in Suid-Afrika pas nulgradering toe wanneer rekeninghouers toegang tot hul elektroniese rekeninge verkry.<sup>105</sup>
- Telkom bied 'n pakket genaamd LIT aan wat nulgradering aan sekere videoverskaffers (Netflix en Showmax) bied.<sup>106</sup>
- Die Onafhanklike Verkiesingskommissie onderhandel met selfoonnetwerke om nulgradering van hul webwerwe te verskaf. Só kan Suid-Afrikaners kosteloos op hul selfone bepaal of hulle geregistreer is om in die nasionale verkiesing te kan stem.<sup>107</sup>
- Cell C bied 'n baie laer koste (nie nulgradering nie) vir sekere videostromingsdienste.<sup>108</sup>
- Die Universiteit van Kaapstad se webwerwe word op sekere selfoonnetwerke genulgradeer.<sup>109</sup>
- Vodacom bied nulgraderingspakkette vir geselekteerde universiteite landswyd aan.<sup>110</sup>

Omdat Afrika se Internetskakeling so laag is, het Facebook in 2013 'n projek getiteld Freebasics van stapel gestuur om aan soveel moontlik mense in Afrika 'n basiese internetdiens te gee.<sup>111</sup> Hierdie diens is genulgradeer, en is in verskeie lande, soos Kenia, Nigerië, Rwanda en Suid-Afrika, beskikbaar.<sup>112</sup> Gillwald het 'n studie onderneem om te bepaal of nulgradering van die Freebasics-diens daartoe gelei het dat meer mense die Internet gebruik. Die studie is onderneem in die vier lande hier bo genoem, en die gevolgtrekkings is insiggewend. In die eerste plek is daar bevind dat mense in hierdie arm lande nie afhanklik is van nulgradering om Internetdienste te kan gebruik nie, maar dat dit eerder 'n gemaklike kostebesparingsplan vorm.<sup>113</sup> Verder word spesifiek genoem dat “[n]one of the new Internet users that formed part of the focus groups reported that they went online because of the availability of Freebasics.”<sup>114</sup> Uit hierdie studie blyk dit dat nulgradering nie in enige van die deelnemende lande enige uitwerking gehad het op die byvoeging van *nuwe* gebruikers tot die Internet nie. Nulgradering as 'n metode om mense *toegang* tot die betrokke Internetdienste te gee, was nie suksesvol nie.

Uit die verduideliking hier bo is dit duidelik dat Suid-Afrika nog geensins deeglike oorweging aan die voor- en nadele van nulgradering geskenk het nie. Nulgradering word glad nie gereguleer nie, en die gevolg is dat die mark dit uitbuit deur produkte aan te bied wat hul eie mededingende voordeel ten koste van ander rolspelers verhoog. Die beste voorbeeld hiervan is sekerlik Telkom se LIT-pakket, wat genulgradeerde data aan twee enorme multinasionale videostromingsdienste, te wete Netflix en Showmax, bied. Dit gebeur ten koste van veel kleiner mededingers. Uit die verduideliking van Kanada en Nederland se posisie aangaande nulgradering hier bo is dit baie duidelik dat Telkom se LIT-pakket nie in Kanada toegelaat sou word nie (omdat Telkom in wese presies dieselfde doen as wat Videotron in Kanada gedoen het), en die Nederlandse reguleerder sou eweneens ongelukkig met Telkom se produk wees, omdat Telkom selfs meer monopolisties as T-Mobile optree.

Hierteenoor is dit eweneens duidelik dat sommige nulgraderingsgebruike toelaatbaar in Suid-Afrika behoort te wees. Die kommersiële banke se praktyk om hul eie klante se data te nulgradeer wanneer hulle bankdienste gebruik, is iets wat nie monopolisties is nie, en selfs deur die CRTC in Kanada spesifiek goedgekeur sou word.

Wat egter baie duidelik in die bespreking van Suid-Afrika se posisie oor nulgradering is, is dat OKOSA se versuim om 'n beleid oor nulgradering neer te lê 'n groot leemte in die plaaslike reguleringsruimte laat.

#### 4 Gevolgtrekking

Om behoorlike riglyne oor nulgradering neer te lê, is 'n moeilike saak omdat dit voor- en nadele vir gebruikers inhou. Die voordele van nulgradering is duidelik sigbaar, omdat gebruikers dadelik 'n voordeel sien deurdat hulle nie vir sekere datadienste hoef te betaal nie. Hierteenoor is die nadele van nulgradering juis nie sigbaar nie, omdat dit subtiel die telekommunikasiebedryf skade aanrig deur monopolieë te vergroot.

Baker stel dit baie treffend:

Selective zero-rating is arguably bad for the long-term opportunities and inclusion for the people it is designed to serve. It pre-selects what's available, directing people to where others want them to go. It is bad for economic inclusion. It is bad for the ability of new entrepreneurs to grow onto the global scale. It is bad for the long-term health of the Internet. Zero-rating as practiced today is "selective zero-rating for a few apps and websites; exclusion for the rest of the Internet".<sup>115</sup>

Om hierdie rede is dit belangrik dat nulgradering sinvol gereguleer behoort te word. Ek meen dat Kanada se CRTC tans die beste beskouing van nulgradering handhaaf, naamlik dat nulgradering toelaatbaar is mits dit nie enige onregverdige voordeel vir ander rolspelers in die telekommunikasiesektor inhou nie. Wanneer die betrokke rolspeler se produk oorweeg word, word die invloed daarvan op die groter inter-netwerk beoordeel.

Die Nederlandse reguleerder het gepoog om nulgradering te reguleer (omdat dit die gevare daarvan raakgesien het), maar was onsuksesvol weens die feit dat die Europese Parlement se regulasie voorkeur bo Nederlandse wetgewing geniet. Die Nederlandse reguleerder se standpunt is egter baie duidelik: sekere vorme van nulgradering behoort gereguleer te word omdat dit die groter telekommunikasiebedryf ontwig.

Nulgradering is 'n tweesnydende swaard vir 'n staat se telekommunikasiewese. Sinvolle regulering is die meganisme om hierdie swaard in toom te hou.

## **Bibliografie**

Andersen, S.S. en K.A. Eliassen. 1996. *The European Union: How democratic is it?* Londen: Sage.

Argentina Digital. 2014. Ley Argentina Digital. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm> (22 Maart 2018 geraadpleeg).

Armstrong, R. 2016. *Broadcasting policy in Canada*. 2de uitgawe. Toronto: University of Toronto Press.

Baker, M. 2015. Zero-rating and the open Internet. <https://blog.lizardwrangler.com/2015/05/06/zero-rating-and-the-open-internet> (22 Maart 2018 geraadpleeg).

Balkin, J.M. 2009. The future of free expression in a digital age. *Pepperdine Law Review*, 36:427–44.

Belli, L. en P. de Filippi. 2015. *Net neutrality compendium: Human rights, free competition and the future of the Internet*. New York: Springer.

Bing, B. 2010. *3D and HD broadband video networking*. Londen: Artech House.

Dransfield, R. 2003. *Business law made easy*. Oxford: Nelson Thornes.



- Fin24Tech. 2017. Vodacom zero-rates data charges for student websites. <https://www.fin24.com/Tech/Companies/vodacom-zero-rates-data-charges-for-student-websites-20170927> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Fortune. 2017. T-Mobile gets Dutch court's okay of free data for music streaming. <http://fortune.com/2017/04/24/t-mobile-dutch-net-neutrality-ruling> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Futter, A. en A. Gillwald. 2015. *Zero-rated Internet services: What is to be done?* researchICTafrica.net.
- Gilbert, P. 2017. Cell C cuts data costs for new VOD platform. <https://www.itweb.co.za/content/DVgZey7Jk6EMdjX9> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Gillwald, A. (red.). 2017. *Internet use barriers and user strategies: Perspectives from Kenya, Nigeria, South Africa and Rwanda*, Beyond Access Policy Paper No. 1. researchICTafrica.net.
- Gordon, B.J. 2016. Aspekte van regsbeheer in die konteks van die Internet. LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.
- Government of Canada, Justice Laws Website. Telecommunications Act of 1993. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/T-3.4> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Great Britain Parliament House of Commons European scrutiny committee. 2014. *HC 219-ix — House of Commons European scrutiny committee ninth report of session 2014–15*. The Stationary Office.
- Heckmann, O.M. 2007. *The competitive Internet service provider: Network architecture, interconnection, traffic engineering and network design*. New York: John Wiley and Sons.
- ITWeb. 2017. Standard Bank drops app data charges. <https://www.itweb.co.za/content/xo1Jr5MxJN2vKdWL> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Kohl, U. 2012. The rise and rise of online intermediaries in the governance of the Internet and beyond – Connectivity Intermediaries. *International Review of Law, Computers and Technology*, 26(2):185–210.
- Kurbalija, J. 2012. *An introduction to Internet governance*. Geneva: Diplo Foundation.
- Land, M. 2013. Toward an international law of the Internet. *Harvard International Law Journal*, 54(2):393–458.
- Luca, B. en P. de Filippi. 2015. *Net neutrality compendium: Human rights, free competition and the future of the Internet*. New York: Springer.
- Marsden, C.T. 2010. *Net neutrality: Towards a co-regulatory solution*. Londen: A&C Black.

- Mzekandaba, S. 2017. IEC goes online to capture voter addresses. <https://www.itweb.co.za/content/APero3qZGj9vQb6m> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Newman, J. 2008. Keeping the Internet neutral: Net neutrality and its role in protecting political expression on the Internet. *Hastings Communications and Entertainment Journal*, 31(1):153–72.
- News24. 2017. Telkom launches its zero-rated streaming platform LIT. <https://www.fin24.com/Tech/News/telkom-launches-its-zero-rated-streaming-platform-lit-20170824> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- OECD. 2000. *OECD Reviews of regulatory reform*. Parys: OECD Publishing.
- . 2015. *OECD Digital economy outlook 2015*. Parys: OECD Publishing.
- Overheid.nl. Telecommunicatiewet van 19 Oktober 1998. [http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/2017-07-01#Hoofdstuk7\\_Artikel%207.4a](http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/2017-07-01#Hoofdstuk7_Artikel%207.4a) (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Reed, R.M. en M.K. Reed. 2012. *The encyclopedia of television, cable, and video*. New York: Springer.
- Sambuli, N. 2016. Challenges and opportunities for advancing Internet access in developing countries while upholding net neutrality. *Journal of Cyber Policy*, 1(1):61–74.
- Savin, A. en J. Trzaskowski. 2014. *Research handbook on EU Internet law*. Londen: Edward Elgar Publishing.
- Skopby, K.E., I. William en A. Gyamfi. 2017. *Handbook on ICT in developing countries: 5G perspective*. Aalborg: River Publishers.
- Sylvain, O. 2010. Internet governance and democratic legitimacy. *Federal Communication Law Journal*, 62(2):205–73.
- Techcentral. 2017a. Does Telkom’s LIT break net neutrality? <https://techcentral.co.za/telkoms-lit-break-net-neutrality/76623> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- . 2017b. SA government still keen on net neutrality rules. <https://techcentral.co.za/sa-government-still-keen-net-neutrality-rules/78679> (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- Telecommunications and Postal Services of the Republic of South Africa. 2016. *National integrated ICT policy white paper*. Pretoria: Department of Telecommunications and Postal Services.
- Telkom. 2017. Telkom LIT. [https://secure.telkom.co.za/today/shop/plan/telkom-lit\\_2017](https://secure.telkom.co.za/today/shop/plan/telkom-lit_2017) (22 Maart 2018 geraadpleeg).
- UNESCO. 2017. *World trends in freedom of expression and media development: global report 2017/2018*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

University of Cape Town. 2017. Zero-rated mobile data access to specific UCT online resources. <http://www.icts.uct.ac.za/Zero-rated-access-some-UCT-websites> (22 Maart 2018 geraadpleeg).

Vidéotron. 2018. Services de Téléphonie, Internet, Télévision et Mobile. <http://www.videotron.com/> (22 Maart 2018 geraadpleeg).

Werbach, K. 2008. The centripetal network: How the Internet holds itself together, and the forces tearing it apart. *University of California Davis Law Review*, 42:343–412.

Wireless Week. 2016. Dutch regulators halt T-Mobile's data free music service. <https://www.wirelessweek.com/news/2016/12/dutch-regulators-halt-t-mobiles-data-free-music-service> (22 Maart 2018 geraadpleeg).

Wu, T. 2003. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 2:141–78.

Wyatt, E. 2014. Comcast and Netflix reach deal on service. [http://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-a-streaming-agreement.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-a-streaming-agreement.html?_r=0) (22 Maart 2018 geraadpleeg).

## Eindnotas

<sup>1</sup> Ek erken met dank die finansiële bystand van die College Research and Innovation Committee (CRIC) van die Regskollege van die Universiteit van Suid-Afrika om navorsing in Kingston, Ontario, Kanada te doen en stel die CRIC vry van enige verantwoordelikheid vir die menings en gevolgtrekkings in hierdie bydrae vervat.

<sup>2</sup> “Zero rating (is) the practice of internet providers allowing users free connectivity to access specific content or applications for free” UNESCO 2017:74).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Telkom (2017).

<sup>5</sup> Par. 2 van hierdie artikel is oorgeneem uit my doktorske proefskrif (sien Gordon 2016:155–60).

<sup>6</sup> Wu (2003:141). Die volledige aanloop tot die netwerkneutraliteitsdebat word geskets in Marsden (2010:4).

<sup>7</sup> Wu (2003:143).

<sup>8</sup> Heckmann (2007:73) verduidelik die bandwydte-implikasies van intydse Internetspeletjies. Sien ook Savin (2014:45), waar die Europese Unie dit as regverdig beskou om lêerverspreiding tydens spitstye te smoor:

The European regulators group BEREC has also analysed “reasonable” and concluded it is “more reasonable to simply throttle P2P applications in times of congestion to the benefit of, for example, time-sensitive applications. Those practices would be considered more reasonable than totally blocking special applications because they induce fewer side effects.”

<sup>9</sup> Newman (2008:162) en Kohl (2012:198) vir ’n bespreking van die VSA-Internetdiensverskaffer Comcast wat in 2007 lêerverspreiding eensydig op sy netwerk afgesny het.

<sup>10</sup> Bing (2010:219) toon hoe intydse videodienste gewoonlik nie gesmoor word nie, tensy video’s op sekere spitsye afgelaai word – in sulke gevalle word smoring wel toegepas.

<sup>11</sup> Wu (2003:165).

<sup>12</sup> Kurbalija (2012:53).

<sup>13</sup> Great Britain Parliament House of Commons European Scrutiny Committee (2014:62 vn. 37).

<sup>14</sup> Wu (2003:145).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Wu (2003:150).

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Wu (2003:151).

<sup>19</sup> Wu (2003:152).

<sup>20</sup> Wu (2003:153).

<sup>21</sup> Wu (2003:147); Werbach (2008:375); Balkin (2009:431).

<sup>22</sup> Wyatt (2014).

<sup>23</sup> Wu (2003:165).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Land (2013:423) meld dat die doel van IDV’s moet wees “to treat all content, sites, and platforms equally”. Dit is nie wat Wu in sy artikel aanvoer nie.

<sup>27</sup> Wu (2003:165); Sylvain (2010:207).

<sup>28</sup> Wu (2003:168) meld dat “a carrier concerned about bandwidth consumption would need to invest in policing bandwidth usage, not blocking individual applications. Users interested in a better gaming experience would then need to buy more bandwidth – not permission to use a given application.”

<sup>29</sup> Wu (2003:166–7).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Art. 56 van die Ley Argentina Digital bepaal bv. dat elke gebruiker ’n reg op toegang tot die nasionale netwerk het, en dat sodanige versending en ontvangs van inligting sonder enige beperkinge moet geskied. Art. 57 verbied enige IDV om enige beperkings op die netwerk in te stel, tensy dit is om ’n hofbevel na te kom, of indien ’n gebruiker die netwerk skade aandoen. (Argentina Digital 2014)

<sup>32</sup> Voorbeelde hiervan is Telecom Regulatory Policy CRTC (2011-703); Telecom Regulatory Policy CRTC (2013-70); en Telecom Regulatory Policy CRTC (2017-104).

<sup>33</sup> Kurbalija (2012:58).

<sup>34</sup> Luca en de Filippi (2015:189).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Skouby (2017:100) voer aan dat nulgradering deur ten minste helfte van die wêreld se mobiele gebruikers gebruik word.

<sup>37</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104: *Framework for assessing the differential pricing practices of internet service providers* par. 6.

<sup>38</sup> Telkom (2017) verduidelik hul produk só: “LIT, available from September 1, will allow Telkom’s contract customers to stream TV, videos and music for free with no data cost.”

<sup>39</sup> Die CRTC is deur art. 3 van die Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act van 1976 in die lewe geroep. Sien ook Armstrong (2016:46) en Reed (2012:93).

<sup>40</sup> Reed (2012:93).

<sup>41</sup> My kursivering. Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104: *Framework for assessing the differential pricing practices of internet service providers*, par. 2.

<sup>42</sup> Government of Canada, Justice Laws Website. Telecommunications Act of 1993.

<sup>43</sup> Art. 27(2): “No Canadian carrier shall, in relation to the provision of a telecommunications service or the charging of a rate for it, unjustly discriminate or give an undue or unreasonable preference toward any person, including itself, or subject any person to an undue or unreasonable disadvantage.”

<sup>44</sup> Vidéotron (2018).

<sup>45</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 3.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 4.

<sup>48</sup> Interkonneksiefooie is fooie wat selfoonmaatskappye aan mekaar betaal wanneer 'n oproep van een netwerk na 'n ander gemaak word. OECD (2000:301).

<sup>49</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 8.

<sup>50</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 parr. 7 en 12.

<sup>51</sup> Government of Canada Justice Laws Website. Telecommunications Act 1993.

<sup>52</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 15.

<sup>53</sup> Internetradiostasies is 'n goeie voorbeeld hiervan.

<sup>54</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 15.

<sup>55</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 18.

<sup>56</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 23.

<sup>57</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 33.

<sup>58</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 35.

<sup>59</sup> Telecom Decision CRTC 2017-105 par. 45.

<sup>60</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104.

<sup>61</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 12.

<sup>62</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 30. Hierdie paragraaf verduidelik dat daar in wese vier soorte benadeling geskied, nl.:

- (a) a preference toward certain subscribers over others,
- (b) a preference toward certain content providers over others,
- (c) a disadvantage to subscribers who are not eligible for, or interested in, a differential pricing practice offering, and
- (d) a disadvantage to content providers that are not eligible for, or included in, an offering.

<sup>63</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 bl. 1.

<sup>64</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 9.

<sup>65</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 53.

<sup>66</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 54.

<sup>67</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 81.

<sup>68</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 parr. 97–100.

<sup>69</sup> Die CRTC regverdig hierdie besluit so: “The Commission therefore considers that the benefits of differential pricing practices that are related to account management of an ISP’s Internet access service (e.g. monitoring data usage and paying bills online) would outweigh the negative impacts, if any, associated with content-based differential pricing practices. (Sien Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 100.)

<sup>70</sup> Sien par. 3.2.3 hier bo.

<sup>71</sup> Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015.

<sup>72</sup> Die bewoording lui: “Providers of internet access services shall not engage in traffic management measures going beyond those set out in the second subparagraph, and in particular shall not block, slow down, alter, restrict, interfere with, degrade or discriminate between specific content, applications or services, or specific categories thereof ...” Regulasie (EU) 2015/2120 par. 3(3).

<sup>73</sup> Art. 3(3) par. 3.

<sup>74</sup> Art. 3(5).

<sup>75</sup> Telecommunicatiewet van 19 Oktober 1998. Overheid.nl.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Wireless Week (2016).

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> ECLI:NL:RBROT:2017:2940.

<sup>82</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940.

<sup>83</sup> Fortune (2017).

<sup>84</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 par. 6.1.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 par. 6.1. Dransfield (2003:9) noem bv. spesifiek dat “[t]he legal system of the European Union takes priority over national legislation.” Andersen (1996:95) sê: “In the European Union, European legislation takes priority over national legislation ...”

<sup>88</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 par. 6.5.

<sup>89</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 par. 6.7.

<sup>90</sup> Daar is natuurlik ’n saak daarvoor uit te maak dat die diskriminasie nie bloot op data van dieselfde soort van toepassing is nie, maar op *enige* data. Die hof het egter nie daardie argument aangespreek nie.

<sup>91</sup> Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104 par. 30.

<sup>92</sup> *Netherlands v Autoriteit Consument en Markt* ECLI:NL:RBROT:2017:2940 par. 6.2.

<sup>93</sup> 36 van 2005.

<sup>94</sup> OKOSA is in die lewe geroep deur die Wet op die Onafhanklike Kommunikasie-Owerheid van Suid-Afrika 13 van 2000.

<sup>95</sup> 25 van 2002.

<sup>96</sup> Art. 15 van die wet.

<sup>97</sup> 70 van 2002.

<sup>98</sup> Telecommunications and Postal Services of the Republic of South Africa (2016).

<sup>99</sup> Par. 8.3.3 *Interventions*.

<sup>100</sup> Par. 8.3.3 noem dat “[t]he sector regulator should consider ... [i]f it will be necessary to introduce rules or guidelines on zero-rating, barring, throttling or paid prioritisation of traffic and if so what exclusions to this would be in the public interest.”

<sup>101</sup> Par. 10.4.3.4.

<sup>102</sup> TechCentral (2017b) wys daarop dat OKOSA steeds geen beoordeling oor nulgradering gemaak het nie.

<sup>103</sup> Futter (2015:8).



<sup>104</sup> OECD (2015:71).

<sup>105</sup> Absa, Capitec, Nedbank, FNB en Standard Bank maak van nulgradering gebruik. (ITWeb 2017)

<sup>106</sup> Techcentral (2017a).

<sup>107</sup> Mzekandaba (2017).

<sup>108</sup> Gilbert (2017).

<sup>109</sup> University of Cape Town (2017).

<sup>110</sup> Fin24Tech (2017).

<sup>111</sup> Sambuli (2016:67); OECD (2015:71).

<sup>112</sup> Gillwald (2017:2).

<sup>113</sup> Gillwald (2017:3) verklaar: “Surprising perhaps, considering the controversy around zero-rated services such as Freebasics, people are not highly dependent on subsidised data to access the Internet, but they are a tactic of broader price-control strategies.”

<sup>114</sup> Gillwald (2017:3).

<sup>115</sup> Baker (2015).