



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. In dit besluit verklaart de ACM toezeggingen van T-Mobile Netherlands B.V. met betrekking tot het uifaseren van de zero-rating dienst Datavrije Muziek bindend.

Ons kenmerk : ACM/UIT/588271
Zaaknummer : ACM/22/179315
Datum : 16 december 2022

1. De toezeggingsaanvraag

1. Op 21 november 2022 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een toezeggingsaanvraag ontvangen, als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: Instellingswet) van T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile).
2. T-Mobile doet deze aanvraag gedurende een onderzoek dat de ACM is gestart na een drietal gelijkstrekende arresten van het Europese Hof van Justitie (hierna: Hof) van 2 september 2021 inzake zero-rating diensten. Het Hof concludeerde in de arresten van 2 september 2021¹ (hierna: de Arresten) dat zero-rating diensten op grond van artikel 3, derde lid, van de Open Internet Verordening² (hierna: Verordening) niet zijn toegestaan.
3. De ACM beoordeelt in dit besluit de aanvraag van T-Mobile. In hoofdstuk 2 wordt de aanleiding en het verloop van de procedure weergegeven. Hoofdstuk 4 bevat de inhoud van de toezegging die T-Mobile doet. In hoofdstuk 26 wordt het wettelijk kader geschetst. In hoofdstuk 5 beoordeelt de ACM de aanvraag. Hoofdstuk 6 bevat het besluit van de ACM.

2. Aanleiding en verloop procedure

4. T-Mobile heeft op 10 oktober 2016 de zero-rating dienst Datavrije Muziek op de markt geïntroduceerd. Met Datavrije Muziek kunnen klanten van T-Mobile met bepaalde abonnementen, muziek streamen via de aangesloten muziekstreamingsdiensten zonder dat het datagebruik in rekening wordt gebracht. Het datagebruik voor overige internetdiensten wordt door T-Mobile wel in rekening gebracht. Deze vorm van tariefdifferentiatie wordt “zero-rating” genoemd. T-Mobile heeft ongeveer een totaal van 6,9 miljoen mobiele klanten in Nederland, waarvan ongeveer [vertrouwelijk:] Datavrije Muziek in hun abonnement hebben. Die klanten *kunnen* gebruik maken van Datavrije Muziek, maar T-Mobile heeft aangegeven dat slechts een beperkte groep dit ook daadwerkelijk doet.
5. De ACM oordeelde in een besluit van 26 september 2017, naar aanleiding van een handavingsverzoek van Bits of Freedom, dat Datavrije Muziek van T-Mobile non-discriminair wordt

¹ Zaak C-854/19 (*Vodafone Roaming*), zaak C-5/20 (*Vodafone Tethering*) en zaak C-34/20 (*Telekom*).

² Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische- communicatienetwerken en –diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie.

aangeboden en geen eindgebruikersrechten schaadt als bedoeld in de Verordening.³ Daarna heeft de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak op 24 januari 2019 de beroepsgronden van Bits of Freedom tegen het besluit van de ACM ongegrond verklaard.⁴ Dit heeft tot gevolg gehad dat T-Mobile Datavrije Muziek kon blijven aanbieden.

6. Echter, vervolgens heeft het Hof op 2 september 2021 in de Arresten geconcludeerd dat zero-rating op grond van de Verordening niet is toegestaan. Volgens het Hof wordt bij zero-rating onderscheid in internetverkeer gemaakt op basis van commerciële overwegingen. Een dergelijke commerciële aanpak staat volgens het Hof haaks op de algemene verplichting voor aanbieders van internettoegangsdiensten om alle internetverkeer gelijk en non-discriminatoir te behandelen.
7. Alle lidstaten zijn meteen⁵ gebonden aan de uitleg van Verordening die het Hof heeft gegeven in de beantwoording van prejudiciële vragen.⁶ De interpretatie van het Hof heeft daarmee dezelfde werkingssfeer als de Verordening zelf.⁷ Dit is aanleiding voor de ACM geweest om in licht van de Arresten opnieuw te beoordelen of de zero-rating dienst Datavrije Muziek van T-Mobile in strijd is met de Verordening.
8. Op 13 september 2021 is T-Mobile gestopt met het aanbieden van Datavrije Muziek aan nieuwe en verlengende klanten.
9. Bij e-mail van 17 september 2021 heeft T-Mobile de ACM benaderd naar aanleiding van de uitspraken van het Hof.⁸ Vervolgens is dit onderwerp besproken in een gesprek tussen T-Mobile en de ACM op 22 september 2021. Tijdens dat gesprek heeft de ACM aangegeven dat zij, en BEREC, de uitspraken van het Hof aan het bestuderen zijn. De ACM heeft tevens aangegeven dat er twijfels zijn of de manier waarop T-Mobile met roaming omgaat bij Datavrije Muziek, is toegestaan gelet op de uitspraken van het Hof. In één van de uitspraken oordeelde het Hof dat een beperking van het roaminggebruik wegens de activering van een "zero-rating"-tariefopitie onverenigbaar is met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 3, derde lid, van de Verordening.⁹ T-Mobile gaf in het gesprek aan de ACM nadere informatie over de dienst te zullen sturen. Per e-mail van 26 november 2021 heeft T-Mobile deze toelichting naar de ACM gestuurd.¹⁰
10. Op 6 oktober 2021 heeft BEREC bekend gemaakt dat de BEREC Richtsnoeren over de Verordening zullen worden aangepast naar aanleiding van de uitspraken van het Hof en dat BEREC de uitspraken nader aan het analyseren is.¹¹ BEREC heeft stakeholders de gelegenheid gegeven om input te leveren voor deze analyse.¹²
11. Op 15 maart 2022 heeft BEREC de consultatie gestart van de aangepaste BEREC Richtsnoeren.¹³ Op 25 maart 2022 heeft de ACM T-Mobile per e-mail geattendeerd op de consultatie van de aangepaste BEREC Richtsnoeren en aangegeven hierover graag in gesprek te gaan met T-Mobile, gelet op Datavrije Muziek.¹⁴ Dit gesprek heeft op 5 april 2022 plaatsgevonden. Tijdens dat gesprek heeft de ACM aangegeven dat Datavrije Muziek niet conform de Verordening is en binnen afzienbare tijd moet worden beëindigd. Naar aanleiding van het gesprek heeft de ACM op 12 mei 2022 een e-mail gestuurd

³ Besluit, ACM/DTVP/2017/205487_OV, 26 september 2017 en beslissing op bezwaar dienst Datavrije Muziek, ACM/UIT/454099, 29 januari 2018.

⁴ Rechtbank Rotterdam, 24 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:414.

⁵ HvJEU, 27 maart 1980, [61/79](#), Amministrazione delle finanze dello Stato v Denavit italiana, r.o. 16.

⁶ HvJEU, 3 februari 1977, [52/76](#) Benedetti v Munari, r.o. 26.

⁷ EU Procedural Law (2014), K. Lenaerts. I. Maselis, K. Gutman (J. T. Nowak ed.), pagina 244.

⁸ ACM/UIT/580857.

⁹ HvJEU, 2 september 2021, C-854/19.

¹⁰ ACM/IN/705496.

¹¹ <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/berec-press-releases/press-release-berec-will-update-guidelines-following-the-court-of-justice-rulings-on-zero-rating-publishes-recently-adopted-reports-and-calls-for-stakeholders-input>.

¹² [https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2021/10/BoR_\(21\)_149_Call_for_stakeholder_input_final.pdf](https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2021/10/BoR_(21)_149_Call_for_stakeholder_input_final.pdf)

¹³ <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/public-consultations/notice-to-launch-the-public-consultation-on-draft-berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation>.

¹⁴ ACM/UIT/580820.

naar T-Mobile waarin wederom is aangegeven dat Datavrije Muziek binnen afzienbare tijd moet worden beëindigd.¹⁵ Op 23 mei 2022 heeft een volgend overleg plaatsgevonden tussen de ACM en T-Mobile.

12. Op 8 juni 2022 heeft nog een overleg plaatsgevonden tussen de ACM en T-Mobile. Tijdens dat gesprek gaf T-Mobile onder andere aan bereid te zijn Datavrije Muziek uit te faseren en hier anderhalf jaar, dat wil zeggen tot en met december 2023, de tijd voor nodig te hebben. Naar aanleiding van dit overleg heeft de ACM op 10 juni 2022 T-Mobile een e-mail gestuurd waarin onder andere is aangegeven dat circa anderhalf jaar voor het uitfaseren van Datavrije Muziek naar het oordeel van de ACM een te lange termijn is.¹⁶ Per e-mails van 15¹⁷ en 17 juni 2022¹⁸ heeft T-Mobile hierop gereageerd. Per e-mail van 23 juni 2022 heeft de ACM op de e-mails van T-Mobile gereageerd en aangegeven dat deze termijn voor de ACM te lang is en is verzocht om na te denken over een kortere uitfaseringstermijn.¹⁹
13. Op 14 juni 2022 heeft BEREC de aangepaste BEREC Richtsnoeren gepubliceerd.²⁰
14. Op 29 juni 2022 is er tijdens een overleg tussen de ACM en T-Mobile wederom gesproken over Datavrije Muziek. Naar aanleiding van dit gesprek heeft T-Mobile op 1 juli 2022 een e-mail gestuurd naar de ACM, waarin onder meer dat T-Mobile Datavrije Muziek uiterlijk juni 2023 kan uitfaseren.²¹ Nadien heeft T-Mobile telefonisch aangegeven tot het eind van het eerste kwartaal nodig te zullen hebben.
15. Op 27 september 2022²² heeft T-Mobile zich bij de ACM gemeld in verband met de mogelijkheid van een aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging in de zin van artikel 12h Instellingswet ACM. In de periode van 27 september 2022 tot en met 21 november 2022 hebben T-Mobile en de ACM gesprekken gevoerd over het indienen van een toezeggingsaanvraag.
16. Op 21 november 2022 heeft T-Mobile een formele aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging ingediend bij de ACM.²³

3. Wettelijk kader

17. Op basis van artikel 12h van de Instellingswet kan de ACM het besluit nemen een toezeggingsaanvraag van een marktorganisatie bindend te verklaren. Met het bindend verklaren van een toezegging vervalt, op basis van artikel 12h, eerste lid, van de Instellingswet, de bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan die marktorganisatie voor de betreffende gedragingen. De aanvraag moet worden ingediend voordat de ACM een besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom neemt.
18. Volgens artikel 12h van de Instellingswet kan de ACM een toezeggingsaanvraag bindend verklaren wanneer de ACM dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.
19. Om te beoordelen of het bindend verklaren van een toezegging doelmatiger is dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, kijkt de ACM onder meer naar de fase waarin een onderzoek naar een vermoedelijke overtreding zich bevindt en de aard van de overtreding.

¹⁵ ACM/UIT/580819.

¹⁶ ACM/UIT/580817.

¹⁷ ACM/IN/705491.

¹⁸ ACM/IN/705490.

¹⁹ ACM/UIT/580816.

²⁰ <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/regulatory-best-practices/guidelines/berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation-0>.

²¹ ACM/IN/705488.

²² ACM/IN/719652.

²³ ACM/IN/731951.

20. Daarnaast dient de inhoud van de toezegging:
 - aannemelijk te maken dat T-Mobile het besluit op controleerbare wijze zal naleven.
 - de ACM ervan te verzekeren dat T-Mobile door het toezeggingsbesluit in overeenstemming handelt met het wettelijke voorschrift of het verbod waarvoor de toezegging wordt gedaan.
21. Op basis van artikel 12h, vijfde lid, van de Instellingswet moet de onderneming zich overeenkomstig het besluit gedragen nadat de ACM een besluit tot bindendverklaring heeft genomen. Als een onderneming zich niet overeenkomstig het besluit gedraagt, riskeert zij een bestuurlijke boete (op basis van artikel 12m van de Instellingswet) of kan de ACM het besluit wijzigen of intrekken.
22. Artikel 3, derde lid, van de Verordening bepaalt dat aanbieders van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze behandelen, 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. Het Hof heeft in r.o. 30 van de uitspraak in zaak C-34/20 geoordeeld: *“Een „zero-rating“-tariefoptie, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, maakt op basis van commerciële overwegingen een onderscheid binnen het internetverkeer, doordat het verkeer naar toepassingen van partnerondernemingen niet wordt aangerekend op het basistarief. Bijgevolg voldoet een dergelijke handelspraktijk niet aan de in artikel 3, lid 3, eerste alinea, van verordening 2015/2120 neergelegde algemene verplichting om het verkeer gelijk te behandelen zonder discriminatie of interferentie”*.
24. Artikel 5, eerste lid, van de Verordening schrijft voor dat de nationale regelgevende instanties nauwlettend toezicht houden op en zorgen voor de naleving van de artikelen 3 en 4 [van de Verordening], en dat zij bevorderen de voortdurende beschikbaarheid van niet-discriminerende internettoegangsdiensten op kwaliteitsniveaus die stroken met de stand van de techniek.
25. Artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet belast de ACM met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Verordening.

4. Inhoud van de toezegging

26. T-Mobile verzoekt de ACM de volgende toezegging op grond van artikel 12h Instellingswet ACM bindend te verklaren:

T-Mobile zegt toe dat zij:

1. de dienst DVM op uiterlijk 31 maart 2023 volledig uitfaseert. Dit wil zeggen dat de huidige groep klanten met DVM in zijn abonnement vanaf die datum niet langer op zero-rating basis gebruik kan maken van de muziekstreamingsdiensten en dat vanaf 1 april 2023 het gebruik van muziekstreamingdiensten net als ander datagebruik afgewaardeerd zal worden van de gekozen databundel;
2. met ingang van heden klanten die nu beschikken over DVM niet zal uitsluiten van reguliere marketingcampagnes die erop gericht zijn om klanten te bewegen het abonnement te vernieuwen of aan te passen indien zij binnen de selectiecriteria van die campagne vallen²⁴. T-Mobile zal deze klanten met DVM op gelijke wijze benaderen als de andere T-Mobile klanten die niet over DVM beschikken indien zij voldoen aan de criteria, zodat deze T-Mobile klanten met DVM al eerder benaderd worden om vrijwillig afstand te doen van DVM;
3. de ACM gedurende het uitfaseringsproject op frequente basis (zoals gedefinieerd in bijlage A bij deze toezegging) op de hoogte zal houden van haar vorderingen, zowel ten aanzien van de voorbereidingen, invullingen als aantallen succesvol uitgefaseerde DVM klanten.

²⁴ Bijv. specifieke marketing campagne in postcode gebied 1234 AB of iedereen met add-on XYZ.

5. Het oordeel van de ACM

27. De ACM stelt vast dat T-Mobile Datavrije Muziek sinds 13 september 2021 niet meer aanbiedt aan nieuwe en verlengende klanten, maar dat een deel van de bestaande klanten met een doorlopend abonnement van voor 13 september 2021 Datavrije Muziek nog steeds kunnen gebruiken. Het nog steeds aanbieden van een zero-rating dienst is in strijd met artikel 3, derde lid van de Verordening. Hierdoor acht de ACM het noodzakelijk dat deze overtreding binnen een redelijke termijn wordt beëindigd, ten behoeve van de gelijke en non-discriminatoire behandeling van internetverkeer in verband met de waarborging van de rechten van eindgebruikers, waaronder in deze context content- en applicatieaanbieders, voor het garanderen van het functioneren van het internet als een motor van innovatie.²⁵ Dit betekent dat T-Mobile de zeroring dienst Datavrije Muziek niet langer mag aanbieden en/of leveren aan klanten die hier op dit moment nog gebruik van kunnen maken.
28. In de toezeggingsaanvraag geeft T-Mobile aan dat het haar duidelijk is dat het aanbieden van enige zero-rating propositie op een wijze vergelijkbaar met de dienst Datavrije Muziek niet langer is toegestaan. T-Mobile zegt toe dat zij de dienst uiterlijk 31 maart 2023 volledig uitfaseert. Dit wil zeggen dat de huidige groep klanten met de dienst in zijn abonnement vanaf die datum niet langer op zero-rating basis gebruik kan maken van de muziekstreamingsdiensten en dat vanaf 1 april 2023 het gebruik van muziekstreamingdiensten net als ander datagebruik afgewaardeerd zal worden van de gekozen databundel. Hiermee komt de overtreding ten einde.
29. In de toezeggingsaanvraag geeft T-Mobile ook aan dat zij richting haar klanten zal communiceren dat zijn/haar abonnement per datum X (maar uiterlijk 31 maart 2023) gewijzigd of omgezet wordt. De klanten die actief gebruik maken van Datavrije muziek, zullen met ingang van heden niet worden uitgesloten van reguliere marketingcampagnes die erop gericht zijn om klanten te bewegen het abonnement te vernieuwen of aan te passen indien zij binnen de selectiecriteria van die campagne vallen. T-Mobile neemt contact op met klanten met Datavrije Muziek voor een passend aanbod. Door deze toezeggingen wordt de overtreding beëindigd en laat T-Mobile zien oog te hebben voor de belangen van eindgebruikers.
30. De ACM begrijpt het belang van T-Mobile dat zij een redelijke termijn nodig heeft voor het uitfaseren van Datavrije Muziek. Echter, hoe langer het uitfaseren duurt, hoe langer er sprake is van ongelijke behandeling van eindgebruikers en dat is precies wat de Verordening verbiedt. T-Mobile zegt toe dat zij de dienst uiterlijk 31 maart 2023 volledig uitgefaseerd zal hebben. Naar het oordeel van de ACM is dit een redelijke termijn voor uitfasering. Hierbij neemt de ACM in ogenschouw dat T-Mobile tijd moet hebben om hun klanten tijdig over de uitfasering te informeren en de administratie op de wijziging zal moeten aanpassen. Bij de beoordeling van de termijn heeft de ACM ook gekeken naar de termijnen die andere Europese toezichthouders hanteren voor het uitfaseren van zero-rating diensten. Daaruit blijkt dat in het grootste deel van de landen waarin het verbod op zero-rating geldt een uitfaseringstermijn van maximaal 12-14 maanden vanaf de Arresten gehanteerd wordt en in Duitsland een termijn van 18 maanden vanaf de Arresten, terwijl in deze landen zero-rating op veel grotere schaal wordt aangeboden. De ACM stelt zich op het standpunt dat, gelet op de administratieve, juridische en technische aspecten van het uitfaseren²⁶ en de specifieke omstandigheden van onderhavig geval, een uitfaseringstermijn tot uiterlijk 31 maart 2023 redelijke termijn is.

5.1. Controleerbaarheid

31. De ACM is van oordeel dat het aannemelijk is dat T-Mobile het toezeggingenbesluit op controleerbare wijze zal naleven. T-Mobile heeft volgens de ACM aangetoond dat zij de toezegging zal naleven, nu in de aanvraag is opgenomen dat T-Mobile de ACM de komende periode rapportages levert over de uitvoering van de uitfasering van Datavrije Muziek. T-Mobile heeft een gedetailleerd plan van aanpak

²⁵ Overweging 1 van de Verordening.

²⁶ Hiermee worden het aantal betrokken klanten, de complexiteit van de dienstverlening in haar IT-systemen en de betrokken hoeveelheid verschillende abonnementen en bijbehorende maatwerk communicatie bedoeld.

opgesteld en afgesproken is dat T-Mobile de ACM op de hoogte houdt over de uitvoering hiervan middels een update om de 2-3 weken (zie bijlage A). Nu T-Mobile toezegt dat zij de ACM op de hoogte zal houden middels rapportages met betrekking tot de uitfasering van Datavrije Muziek, stelt de ACM geen termijn aan de geldigheidstermijn van de bindendverklaring van de toezeggingen.

32. Met het aanleveren van de rapportages en bewijzen is de naleving van de toezegging voor de ACM goed controleerbaar. Als T-Mobile zich niet gedraagt overeenkomstig het onderhavige besluit kan de ACM een boete opleggen van maximaal € 900.000 of 10% van de jaaromzet van T-Mobile²⁷.

5.2. Doelmatigheid

33. Door de toezeggingaanvraag van T-Mobile bindend te verklaren zal Datavrije Muziek uiterlijk 31 maart 2023 uitgefaseerd zijn en beëindigd T-Mobile de overtreding van artikel 3, derde lid van de Verordening.
34. De aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging is gedaan vóór het moment dat de ACM een besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom heeft genomen.
35. De ACM oordeelt op grond van het voorgaande dat het bindend verklaren van de toezegging doelmatig is.
36. Hierbij neemt de ACM in aanmerking dat met deze toezegging een mogelijk langdurige sanctieprocedure wordt voorkomen. Door de toezegging zal T-Mobile zo snel mogelijk handelen conform de Verordening. Bovendien kan publicatie van dit besluit op kortere termijn plaatsvinden dan publicatie van een eventueel sanctiebesluit.

5.3. Conclusie

37. De ACM concludeert dat de controleerbaarheid van de gedane toezeggingen door T-Mobile voldoende is en dat de bindendverklaring van de toezeggingen voldoet aan de eisen van doelmatigheid.

6. Besluit

38. Gelet op artikel 12h, tweede lid, van de Instellingswet besluit de ACM dat zij de in hoofdstuk 4 aangehaalde toezeggingen bindend verklaart voor T-Mobile.
39. Daarmee vervalt voor de ACM de bevoegdheid om het tegen T-Mobile ingestelde onderzoek naar het gebruik van Datavrije Muziek verder voort te zetten.
40. De ACM is bevoegd om toezicht uit te oefenen op de naleving van de toezegging. Bij niet-naleving van de toezegging kan de ACM een boete opleggen. De ACM kan ook onderhavig besluit intrekken en vervolgens het onderzoek opnieuw opstarten. De ACM kan nieuwe informatie onderzoeken die zij ontvangt nadat de toezegging bindend is verklaard.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g

²⁷ Artikel 12m, tweede lid, jo. 12h, vijfde lid Instellingswet ACM.

drs. M.R. Leijten
Bestuurslid

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*

Bijlage A – [vertrouwelijk:]

[vertrouwelijk:

1