



AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA
OMREŽJA IN STORITVE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 06101-747/2014-4

Datum: 22.1.2015

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljevanju: agencija) na podlagi drugega odstavka 224. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 - ZIN-B in 54/14 - odl. US; v nadaljevanju: ZEKom-1) ter ob uporabi določb Zakona o inšpekcijskem nadzoru (Uradni list RS, št. 43/2007 – UPB in 40/2014, v nadaljevanju: ZIN) in Zakona o splošnem upravnem postopku (Ur. l. RS, št. 24/2006-UPB2, 105/2006-ZUS-1, 126/2007, 65/2008, 47/2009 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 8/2010 in 82/13, v nadaljevanju: ZUP) v postopku nadzora izpolnjevanja določb 203. člena ZEKom-1 o nevtralnosti interneta, izdaja zavezancu Telekom Slovenije, d.d., Cigaletova 15, Ljubljana (v nadaljevanju: zavezanec), ki ga zastopa predsednik uprave Rudolf Skobe, po uradni dolžnosti naslednjo

ODLOČBO

1. Telekom Slovenije, d.d., Cigaletova 15, Ljubljana mora v roku 60 dni po prejemu te odločbe prenehati neenakovredno obravnavati internetni promet, ki ga uporabniki prenesejo pri uporabi storitve Deezer od internetnega prometa, ki ga končni uporabniki prenesejo pri uporabi drugih internetnih storitev tako, da ves internetni promet v celoti in neodvisno od vrste storitve, aplikacije ali vsebine, v zvezi s katero je prišlo do internetnega prometa upošteva v okviru zakupljene količine podatkov naročniškega ali predplačniškega paketa elektronskih komunikacijskih storitev.
2. Telekom Slovenije, Cigaletova 15, Ljubljana, mora najkasneje do izteka roka iz prve točke te odločbe agenciji poslati opis sprejetih ukrepov v zvezi z izpolnitvijo obveznosti iz 1. točke te odločbe, vključno z načinom obveščanja uporabnikov o spremembi pogojev zagotavljanja storitve brez obračunavanja prenosa podatkov ter opis ukrepov, s katerimi bo zagotovil, da bo v okviru paketov in storitev, ki jih ponuja svojim končnim uporabnikom, zagotovljena enakopravna obravnava internetnega prometa.
3. V tem upravnem postopku niso nastali posebni stroški postopka.

Obrazložitev:



Agencija je v skladu s svojimi pristojnostmi iz 221. člena ZEKom-1 po uradni dolžnosti pričela postopek nadzora nad izpolnjevanjem določb 203. člena ZEKom-1 o nevtralnosti interneta.

Pooblaščenca agencija je med pregledom ponudbe, objavljene na spletnih straneh zavezanca, na povezavi <http://www.telekom.si/zasebni-uporabniki/tv-in-zabava/deezer> opazila, da zavezanec v *Paketu Mobitel Deezer neomejeni* ponuja **neomejen** prenos glasbenih podatkov iz storitve Deezer. *Deezer je sodobna glasbena storitev, ki omogoča iskanje, odkrivanje in poslušanje najljubše glasbe na vašem mobitelu, tablici, spletu ali SiOL TV. Vedno in povsod. Ekskluzivno za naročnike Telekom Slovenije. Vključen neomejen prenos glasbenih podatkov v mobilnem omrežju Telekoma Slovenije.*

V rubriki pogosta vprašanja na isti spletni strani kot navedeno zgoraj zavezanec dodatno pojasnjuje ponujanje storitve Deezer. *Naročnikom Telekom Slovenije, ki se naročijo na opcijo Deezer ali so naročeni na katerega od paketov, ki Deezer že vključuje, Telekom Slovenije podarja brezplačen in neomejen prenos glasbenih podatkov z Deezerja. To je pomembno, ko poslušamo glasbo z Deezerja prek mobilnega telefona. Za iskanje glasbe se porabi tudi manjša količina podatkov, ki pa niso glasbeni in niso brezplačni. Vsi podatki, ki se porabijo za predvajanje in prenašanje glasbe na mobitelu ali tablici (in to so praktično vsi podatki), pa so brezplačni.*

Dopolnjeno pojasnilo k storitvi je še pri odgovoru na vprašanje *Zakaj bi Deezer naročil pri Telekomu, če pa lahko Deezer naročim kar neposredno na strani deezer.com?*

Na Deezer se lahko za polno uporabo glasbenega servisa Deezer res naročite tudi prek spletne strani deezer.com, če naročnino poravnate z vašo kreditno kartico. Deezer pri Telekomu Slovenije pa je cenejši, kot če naročite dostop na spletni strani Deezer.com, za naročnike paketa Mobitel Deezer neomejeni, Džabest 3000 in Džabest 3000 za zmeri pa je opcija že vključena v paket in je brezplačna. Poleg tega je pri Telekomu Slovenije ekskluzivno brezplačen tudi sam prenos glasbenih podatkov iz Deezerja. Pomembno: Velja le za uporabnike, ki opcijo Deezer uporabljate kot naročniki storitev Mobitel.

Agencija je ugotovila, da zavezanec z zgoraj opisano ponudbo krši načelo nevtralnosti interneta, kot je vsebinsko določeno v 37. točki 3. člena ZEKom-1 »Nevtralnost interneta je načelo, po katerem se vsak internetni promet po javnem komunikacijskem omrežju obravnava enakovredno, to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacij« in v tretjem ter petem odstavku 203. člena ZEKom-1. Peti odstavek 203. člena določa, da »storitve operaterjev omrežij in izvajalcev storitev dostopa do interneta ne smejo temeljiti na storitvah ali aplikacijah, ki so nudene ali se uporabljajo prek storitev dostopa do interneta«, v tretjem odstavku pa je določeno da »Operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta si kar najbolj prizadevajo za ohranitev odprtega in nevtralnega značaja interneta, s tem da ne smejo omejevati, zadrževati ali upočasnjevati internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij ali izvajati ukrepov za njihovo razvrednotenje, razen v primeru:

1. nujnih tehničnih ukrepov za zagotavljanje nemotenega delovanja omrežij in storitev (npr. izogibanje zgostitvi prometa),



- 2. nujnih ukrepov za ohranjanje celovitosti in varnosti omrežij in storitev (npr. odpravljanje neupravičenega prekomernega zasega prenosnega medija – kanala),*
- 3. nujnih ukrepov za omejevanje neželenih komunikacij v skladu s 158. členom tega zakona,*
- 4. odločbe sodišča.«*

Zakonske norme torej jasno določajo, da ni dovoljeno ponujati storitev dostopa do interneta z dostopom do le določenih spletnih strani, storitev ali aplikacij, medtem ko je dostop do drugih onemogočen ali zanj veljajo drugačna pravila oziroma pogoji. Tako internetni promet v normalnih pogojih (ne nujnih ukrepov) ne sme biti blokiran, zanj ne smejo veljati drugačni parametri kakovosti storitve, kot npr. hitrost prenosa, zakasnitev idr., ali drugače cenovno ovrednoten. Katerakoli storitev dostopna preko interneta ne sme biti omejevana v nasprotju z ZEKom-1, tudi če je konkurenčna storitvi operaterjev omrežij ali izvajalcev storitev dostopa do interneta. V skladu z navedenim ima agencija kot nacionalni regulativni organ ustrezna pooblastila za preprečevanje neupravičenega omejevanja, zadrževanja ali upočasnjevanja internetnega prometa na nivoju posameznih storitev ali aplikacij ali njihovega razvrednotenja v javnih omrežjih elektronskih komunikacij.

V tretjem odstavku 203. člena ZEKom-1 so določena načela delovanja operaterjev za ohranitev nevtralnosti interneta in tudi dovoljene izjeme v primeru nujnih ukrepov za zagotavljanje nemotenega delovanja omrežij in storitev (npr. izogibanje zgostitvi prometa), nujnih ukrepov za ohranjanje celovitosti in varnosti omrežij in storitev (npr. odpravljanje neupravičenega prekomernega zasega prenosnega medija – kanala), nujnih ukrepov za omejevanje neželenih komunikacij, ki morajo biti v skladu s 158. členom tega zakona in v primeru, da tako nalaga odločba sodišča. Tudi pri navedenih nujnih ukrepih morajo operaterji enake vrste prometa obravnavati enakovredno, sorazmerno upoštevati vlogo terminalske opreme uporabnika in po potrebi za nujne posege pridobiti predhodno soglasje uporabnika. S tem namenom je dodana določba četrtega odstavka, po kateri morajo biti ukrepi iz prvih treh točk tretjega odstavka sorazmerni, nediskriminacijski, časovno omejeni in v obsegu, ki je nujno potreben, da se doseže namen ukrepa.

V petem odstavku je določeno, da storitve operaterjev omrežij in izvajalcev storitev dostopa do interneta ne smejo temeljiti na storitvah ali aplikacijah, ki so nudene ali se uporabljajo preko storitev dostopa do interneta. Ponujanje storitev dostopa do le dela interneta ni dovoljeno. To pomeni, da ni dovoljeno ponujati storitev dostopa do interneta z dostopom do le določenih spletnih strani, storitev ali aplikacij (npr. e-uprave, e-zdravja), medtem ko so druge blokirane ali drugače cenovno ovrednotene. Storitve dostopa do interneta oziroma njihove cene se lahko razlikujejo vendar le npr. po količini prenesenih podatkov (v mobilnih omrežjih) ali priključnih hitrostih dostopa do interneta ne pa po tem s katero storitvijo je podatkovni promet ustvarjen.

Agencija je o zgoraj navedenih ugotovljenih nepravilnostih z dopisom št. 06101-747/2014-1 z dne



30.7.2014 obvestila zavezanca ter mu dala možnost, da se o zadevi v razumnem roku (10 dni) izreče.

Agencija je dne 12. 8. 2014 prejela pravočasen odgovor zavezanca na obvestilo o ugotovljenih nepravilnostih. V njem zavezanec pojasnjuje delovanje storitve Deezer, kot je pojasnjeno tudi na njihovi spletni strani in je predstavljeno že v začetku te odločbe. Pojasni, da svojim naročnikom ponuja glasbeno storitev Deezer, ki omogoča iskanje, urejanje in predvajanje več kot 30 milijonov pesmi domačih in tujih izvajalcev prek spleta na različnih napravah (BOX, računalnik, tablica, pametni telefon). Storitve Deezer lahko naročniki Telekoma Slovenije naročijo kot dodatek k obstoječemu paketu (v obliki opcije Deezer) ali pa naročijo katerega izmed mobilnih paketov, ki storitev Deezer že vključuje. Eden takšnih mobilnih paketov je tudi mobilni paket Deezer neomejeni, ki poleg neomejenih klicev v vsa slovenska omrežja, neomejenih SMS in MMS sporočil, v ceni naročnine vključuje tudi 1GB prenosa podatkov, dostop do storitve Deezer in poleg tega prenos glasbenih podatkov iz Deezerja. Ta prenos glasbenih podatkov se naročnikom paketa Deezer neomejeni zaračuna po ceniku, trenutna cena za prenos glasbenih podatkov iz Deezerja za naročnike tega paketa pa je 0 EUR oziroma je že vključena v naročnini. Nikakor pa ne drži, da bi naročniki paketa Deezer neomejeni lahko prenesli (ali dostopali) do interneta le dokler ne prenesejo 1 GB podatkov, ki so vključeni v samem paketu Deezer neomejeni. Tudi v primeru, ko pri prenosu podatkov pri dostopu do interneta ali drugih storitvah presežejo količino 1 GB, lahko še vedno in še naprej prenašajo podatke (dostopajo do interneta). Zato meni, da je sum kršitve načela nevtralnosti interneta pri ponujanju paketa Mobitel Deezer neomejeni neosnovan. Namreč, nevtralnost interneta je načelo, po katerem se vsak internetni promet po javnem komunikacijskem omrežju obravnava enakovredno, to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacij. Telekom Slovenije pa vse podatkovne prometne tokove, ki tečejo k ali do uporabnika pri njegovem dostopanju do interneta in v sklopu dostopa do interneta, ki ga ponuja in zagotavlja v posameznem paketu, tako tudi v paketu Deezer neomejeni, obravnava na enak način in ne izvaja nobenega omejevanja, zadrževanja ali upočasnjevanja internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij. Družba Telekom Slovenije tudi meni, da 3. in 203. člen ZEKom-1 predpisujeta operaterjem omrežij ali izvajalcem storitev tehnične (in ne komercialne) pogoje za izvajanje telekomunikacijskih storitev. Tolmačenje ali razumevanje določb navedenih členov ZEKom-1 tudi v smislu komercialnega omejevanja operaterjev pri izvajanju telekomunikacijskih storitev pa bi pomenilo, da navedeni člen prekomerno posega v svobodno gospodarsko pobudo operaterjev. Glede na to, da so navedene določbe zelo splošne in ohlapne, zavezanec meni, da je takšno široko tolmačenje napačno ter neprimerno.

Dne 19.12.2014 pa je agencija prejela še pripravljeno vlogo zavezanca, v kateri podaja dodatna stališča glede predmeta nadzora. Meni, da so v 3. členu ZEKom-1 zgolj navedeni pomeni posameznih izrazov. Tako je v zvezi z nevtralnostjo interneta navedeno, da gre za načelo, po katerem se vsak internetni promet po javnem komunikacijskem omrežju obravnava enakovredno,



to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacije. Ugotavlja, da gre za načelo, na katerem temelji 203. člen ZEKom-1, ki osnovno definicijo dodatno razčlenjuje. Natančneje določa med drugim tudi to, kar je agencija navedla v pozivu, da je za vsak internetni promet po javnem komunikacijskem omrežju, ki je obravnavan enakovredno, operaterjem omrežij in izvajalcem storitev prepovedano kakršnokoli omejevanje, zadrževanje ali upočasnjevanje na ravni posameznih storitev ali aplikacij ali izvajanje ukrepov za njihovo razvrednotenje, razen v zakonsko predvidenih okvirih oziroma primerih. Navaja še, da vsebuje zakonski člen šest odstavkov in da so ti precej nejasni ter da to odražajo tudi številne polemike v širši javnosti. Zato so od agencije zahtevali dodatna pojasnila v zvezi z implementacijo. Po njihovem mnenju obstaja potreba po izdaji splošnega akta, ki bi tematiko podrobneje uredil in tako razrešil pomanjkljivosti oz nejasnosti, a tega agencije še ni sprejela. Podatkovni prometni tokovi, ki tečejo k ali od uporabnika pri njegovem dostopanju do interneta in v sklopu dostopa do interneta, ki ga ponuja in zagotavlja v posameznem paketu Deezer neomejeni, obravnava na enak način in ne izvaja nobenega omejevanja, zadrževanja ali upočasnjevanja internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij. V nadaljevanju še pojasnjuje dinamiko zakonodajnega procesa sprejemanja besedila 203. člena ZEKom-1, zaradi katere meni, da je bila prepoved cenovne diskriminacije v postopku sprejemanja zakona med prvotnim predlogom in končno sprejetim besedilom člena, izvzeta. Le ta naj bi bila povsem nesorazmerno ter preveliko breme za operaterje omrežij in izvajalce storitev in da jo je bilo iz tega razloga potrebno črtati iz zakona. Nato agencijo ponovno poziva k sprejetju sicer neobvezujočega splošnega akta pri čemer se lahko zgleduje tudi po posamičnih rešitvah v drugih državah članicah.

Na podlagi pridobljenih podatkov in izjasnitve zavezanca agencija ugotavlja, da je dejansko stanje v zvezi s predmetnim nadzorom razčiščeno za odločitev.

Nevtralnost interneta kot ilj in regulativno načelo, ki naj ju agencija spodbuja in zasleduje sta določena v ZEKom-1. Podlaga za delovanje agencije v smislu uresničevanja političnega cilja je navedena tudi v 197. členu ZEKom-1:

Agencija podpira interese državljanov med drugim tako, da zlasti:

...

7. spodbuja možnost dostopa in razširjanja informacij ali uporabe aplikacij ter storitev po lastni izbiri končnih uporabnikov,
8. spodbuja ohranitev odprtega in nevtralnega značaja interneta.

Kot regulativno načelo pa v 198. členu:

Agencija pri uresničevanju ciljev iz 194. do 197. člena tega zakona uporabi objektivna, pregledna, nediskriminacijska in sorazmerna regulativna načela med drugim s:

...



4. zaščito konkurence v korist uporabnikov, vključno s spodbujanjem ohranjanja odprtega in nevtralnega značaja interneta in, če je potrebno, s spodbujanjem konkurence na področju infrastrukture.

Eden ključnih momentov, kjer se kršitev načela nevtralnosti interneta zgodi, je ko mobilni operater ponuja vsebinsko storitev, katere podatkovnega prometa ne zaračunava oz. ga ne vključuje v omejitve prenosa podatkov v posameznih paketih in s tem diskriminira konkurenčno vsebinsko storitev, saj na ta način uporabnika neupravičeno motivira, da vsebinsko storitev naroči pri njemu, ker bo s tem plačal le naročnino na storitev, prenesenega prometa pa ne. Taka ponudba je zato diskriminatorna in daje prednost točno določeni vsebini, za ponujanje katere se je odločil operater. To pa je v nasprotju s prvim odstavkom 203. člena in 7. in 8. točko prvega odstavka 197. člena ZEKom-1, ki med drugim določajo, da se spodbuja možnost dostopa in razširjanja informacij ali uporabe aplikacij ter storitev po lastni izbiri končnih uporabnikov in s tretjo točko 1. odstavka 198. člena, ki agenciji nalaga zaščito konkurence v korist uporabnikov, vključno s spodbujanjem ohranjanja odprtega in nevtralnega značaja interneta.

37. točka 3. člena ZEKom-1 določa, da je nevtralnost interneta (ki ga 203. člen ZEKom-1 natančneje opredeljuje, tako da določa obveznosti za operaterje omrežja oziroma izvajalce storitve dostopa do interneta in izjeme) načelo, po katerem se vsak internetni promet po javnem komunikacijskem omrežju *obravnavava enakovredno, to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacij.*

Agencija je v postopku nadzora ugotovila, da zavezanec v okviru naročniškega razmerja s paketom Deezer neomejeni tako med drugim ponuja 1GB prenosa podatkov in poleg tega še prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer. Glede na 37. točko 3. člena ZEKom-1 zavezanec ne obravnava enakovredno prenosa podatkov glede na vsebino komunikacije, saj namreč **prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer** obravnava drugače (kar tudi oglašuje) kot preostali prenos podatkov preko interneta (torej diskriminira prenose vseh ostalih podatkov preko interneta glede na glasbene podatke prek storitve Deezer). Nadalje iz pojasnil zavezanca na njegovih spletnih straneh v rubriki pogosta vprašanja izhaja, da podarja brezplačen in neomejen prenos glasbenih podatkov preko Deezerja, medtem ko je prenos vseh ostalih podatkov preko interneta obravnavan drugače. Zavezanec v svojem odgovoru z dne 11.8.2014 namreč sam pojasnjuje, da naročniki paketa Deezer neomejeni lahko dostopajo do interneta tudi ko dosežejo limit 1 GB podatkov, ki so že vključeni v samem paketu Deezer neomejeni. Iz Prodajne ponudbe paketa Mobitel Deezer neomejeni¹ (ki je javno objavljena na njihovi spletni strani v okviru podrobnejših opomb pri paketu Deezer neomejeni) izhaja, da uporabnik ob doseženem limitu 1GB prenosa podatkov (ki pa glede na

1

www.telekom.si/PodporaObrazci/Prodajna%20ponudba_paket%20Deezer%20neomejeni%20155%203_1%2012%202014.pdf



ponudbo ne vključuje prenosa glasbenih podatkov prek storitve Deezer) lahko mobilni internet še vedno uporablja, vendar se hitrost prenosa podatkov omeji na 64 kb/s v smeri k uporabniku in 64 kb/s v smeri od uporabnika, pri čemer je pred dosego navedenega limita najvišja hitrost prenosa katerihkoli podatkov do 10 Mb/s v smeri k uporabniku in do 2Mb/s v smeri od uporabnika. Glede na to, da se (kot izhaja iz same ponudbe zavezanca) prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer obravnava ločeno od preostalega prenosa podatkov, saj zanj ne velja limit porabe, kot to izhaja iz navedbe Telekoma Slovenije², da »podarja brezplačen in **neomejen** prenos glasbenih podatkov z Deezerja«, kar je »pomembno, ko poslušamo glasbo z Deezerja prek mobilnega telefona«, torej za tovrstni prenos ni niti omejitve hitrosti prenosa podatkov na 64 kb/s. Na ta način torej pride poleg prvotne neenakovredne obravnave glede na vsebino, storitev in vir komunikacije tudi do kršitve tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1. Navedena določba namreč operaterjem omrežja in izvajalcem storitev dostopa do interneta **prepoveduje** omejevanje, zadrževanje ali upočasnjevanje internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij, razen v taksativno določenih izjemah, kar pa predmetna ponudba zavezanca ni. Ker je prenos glasbenih podatkov preko Deezerja neomejen in se torej hitrost prenosa podatkov nikoli ne omeji - saj nikoli ne more doseči limita, ki bi imel za posledico znižanje hitrosti prenosa podatkov, medtem ko pri prenosu vseh ostalih podatkov preko internetnega prometa limit prenosa podatkov obstaja in ob njegovi prekoračitvi pride do upočasnjevanja internetnega prometa, pride s tem do diskriminatorne obravnave internetnega prometa glede na njegovo vsebino. Internetni promet, ki pomeni prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer, je drugače obravnavan od ostalega internetnega prometa. Oziroma z vidika besedila določbe tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1 je »preostali« internetni promet glede na internetni promet prenosa glasbenih podatkov prek storitve Deezer omejevan, zadrževan oziroma upočasnen, kar pomeni neposredno kršitev 203. člena.

V tretjem odstavku 203. člena so določena načela delovanja operaterjev za ohranitev nevtralnosti interneta in tudi dovoljene izjeme v primeru nujnih ukrepov in v primeru, da tako nalaga odločba sodišča. Tudi pri navedenih nujnih ukrepih morajo operaterji enake vrste prometa obravnavati enakovredno, sorazmerno upoštevati vlogo terminalske opreme uporabnika in po potrebi za nujne posege pridobiti predhodno soglasje uporabnika. S tem namenom je dodana določba četrtega odstavka, po kateri morajo biti ukrepi iz prvih treh točk tretjega odstavka sorazmerni, nediskriminacijski (!), časovno omejeni in v obsegu, ki je nujno potreben, da se doseže namen ukrepa. Določba 203. člena ZEKom-1 ne obravnava zgolj tehničnega vidika, saj ima ne-nevtralnost interneta oziroma neenakovredno obravnavanje internetnega prometa poleg omejevanja pravice končnih uporabnikov do proste in **lastne** izbire tudi ekonomske posledice. Besedna zveza »enakovredna obravnava« namreč zakonsko ni nikjer omejena le na tehnični vidik prepovedi omejevanja internetnega prometa ali na tehnične ukrepe za razvrednotenje posameznih storitev ali aplikacij. V navedenem členu tudi nikjer ni podana cenovna izjema ponujana storitev dostopa do le

² Glej odgovor na vprašanje »Ali so res vsi podatki iz Deezerja zastoj?« na spletni strani: <http://www.telekom.si/zasebni-uporabniki/tv-in-zabava/deezer>



dela internetnih podatkov, kar poskuša zavezanec prikazati v odgovoru na poziv z dne 11.8.2014 z navajanjem, da *»3. in 203. člen ZEKom-1 predpisujeta operaterjem omrežij ali izvajalcem storitev tehnične (in ne komercialne) pogoje za izvajanje telekomunikacijskih storitev«*. Zavezanec v pripravljalni vlogi z dne 18.12.2014 tudi navaja, da iz poteka sprejemanja relevantne določbe ZEKom-1 izhaja, da je zakonodajalec s tem, ko je črtal besedilo *»Posamezne storitve ali aplikacije, ki so nudene ali se uporabljajo prek storitev dostopa do interneta, ne smejo vplivati na ceno storitev operaterjev omrežij in izvajalcev storitev dostopa do interneta«*, nakazal, da je prepoved cenovne diferenciacije povsem nesorazmerno in preveliko breme za operaterje. Glede navedenega Agencija meni, da bi res lahko prišlo do posega v svobodno gospodarsko pobudo, če bi bilo prepovedano, da operater omrežja oziroma izvajalec storitve dostopa do interneta, dostopa do posamezne dodatne storitve v obliki vsebine ne bi smel vključiti v paket oziroma te dodatno zaračunati. Tako se Agencija tudi strinja, da zadevni paket sme zajemati tudi naročnino na storitev Deezer (ki je za plačilo dostopna tudi na spletni strani Deezer.com). Vendar pa nikakor ne drži, da je s tem, ko je bil zgoraj navedeni stavek v zakonodajnem postopku sprejemanja ZEKom-1 črtan, drugačno obravnavanje posameznih internetnih podatkov na kakršenkoli način dovoljeno. To prepoveduje že samo načelo nevtralnosti interneta iz 37. točke 3. člena kot tudi celotni veljavni 203. člen ZEKom-1.

Poleg navedenega je ponudba paketa Mobitel Deezer neomejeni v nasprotju tudi z določbo petega odstavka 203. člena ZEKom-1. Le-ta določa, da storitve operaterjev omrežij in izvajalec storitev dostopa do interneta ne smejo temeljiti na storitvah ali aplikacijah, ki so nudene ali se uporabljajo prek storitev dostopa do interneta. In ravno s tem, ko zavezanec v okviru svojega paketa ponuja neomejen prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer, njegova ponudba za prenos podatkov temelji na tej storitvi, čeprav peti odstavek 203. člena ZEKom-1 to izrecno prepoveduje. Namreč, kot izhaja iz navedb zavezanca v pripravljalni vlogi z dne 18.12.2014 *»Marketinške raziskave kažejo, da potrošniki cenijo možnost uporabe storitev »brez skrbi«*. Prav tako imajo potrošniki v povprečju raje pakete z vnaprej predvidljivo ceno storitve v primerjavi s paketi, kjer plačajo po porabi posameznih storitev. ... bodo potrošniki bolj verjetno uporabljali storitev, če jim ni potrebno razmišljati o stroških storitve, npr. če gre za »zero-rated« storitev in uporaba storitve ne vpliva na porabljeno količino prenosa podatkov«, gre v predmetnem primeru za storitev ponujanja dostopa do interneta, ki temelji na storitvi oziroma aplikaciji Deezer, ki je nudena in se uporablja prek storitev dostopa do interneta, saj je prenos glasbenih podatkov prek storitve Deezer neomejen (napram drugim internetnim podatkom). Prav tako končni uporabnik nima možnosti lastne izbire glede (»neomejene«) uporabe aplikacij, storitev ali razširjanja informacij (Agencija mora namreč skladno s prvim odstavkom 203. člena in 7. točko 197. člena ZEKom-1 spodbujati prav možnost dostopa in razširjanja informacij ali uporabe aplikacij ter storitev po lastni izbiri končnih uporabnikov), saj zavezanec vnaprej sam določi, kateri podatki so neomejeni in zatorej obravnavani drugače kot ostali.

Agencija za potrebe oziroma razsežnosti ugotavljanja zagotavljanja internetne nevtralnosti v tem



postopku nadzora ne vidi potrebe po izdaji Splošnega akta v enaki intenziteti kot zavezanec. Zaveda namreč se, da s splošnim aktom ne more urediti predmeta regulacije čisto nič drugače, kot je že urejen z zakonskimi določbami (3. in 203. člen ZEKom-1).

»Podzakonskim aktom se ne sme prepuščati urejanje vprašanj, ki so pridržana zakonu. Zakonodajalec mora v celoti izvrševati svojo funkcijo in ne sme "delegirati" pristojnosti na izvršilno oblast ali celo na nosilce javnih pooblastil. Podzakonski akti ne bi smeli biti - in upamo, da tudi niso - izhod za odložitev vprašanj, na katera ob sprejemanju zakona še ni dokončnega odgovora.»³ Kot je zapisal tudi že predlagatelj zakona v obrazložitvi predloga ZEKom-1 za parlamentarno obravnavo ima agencija kot nacionalni regulativni organ ustrezna pooblastila za preprečevanje neupravičenega omejevanja, zadrževanja ali upočasnjevanja internetnega prometa na nivoju posameznih storitev ali aplikacij ali njihovega razvrdenja v javnih omrežjih elektronskih komunikacij. »Podzakonski predpisi se sprejemajo za izvrševanje zakona. Zato so na zakon vezani tako, da v vsebinskem smislu ne smejo določati ničesar brez zakonske podlage in zunaj vsebinskih okvirov, ki morajo biti v zakonu izrecno določeni ali iz njega vsaj z razlago ugotovljivi, temveč smejo vsebovati le določbe o izvrševanju posameznih zakonskih določb (OdlUS VIII, 2, tč.9)⁴. Za razmerja med izvirnimi in izvedenimi pravnimi normami velja, da mora vsaka odvisna pravna norma imeti glede vsake svoje pravne sestavine izrecni pravni vir v originarni pravni normi (se pravi v zakonu). V vsebinskem pogledu pomeni ta zahteva, da sme odvisna norma (torej upravni predpis) obravnavati samo tista vprašanja, ki jih v njihovih temeljnih značilnostih obravnava že ustrezna izvirna norma....Upravni predpis v vsebinskem smislu ne sme izražati ničesar, kar ne bi imelo izrecnega temelja v zakonu.»⁵

Agencija je svojo odločitev sprejela na podlagi zakonskih določb in sicer 3. člena in 203. člena ZEKom-1. Navedeni pravni normi jasno prepovedujeta neenakovredno obravnavo internetnega prometa. Ne glede na zgodovinsko razlago petega odstavka 203. člena ZEKom-1 nesporno ostaja dejstvo, da ta odstavek prepoveduje razlikovanje dostopa do interneta (dostop do interneta je namreč tista storitev, ki jih nudijo operaterji in izvajalci storitev dostopa do interneta), ki bi temeljilo na tem, katero internetno storitev, aplikacijo ali vsebino uporabnik uporablja. Če dostop do interneta ne sme temeljiti na uporabljeni aplikaciji, storitvi oz. vsebini, potem le-ta tudi ne sme vplivati na kakovost, vrednost storitve ali katerikoli drug parameter in s tem seveda tudi na ceno, po kateri bi se dostop do ene storitve, aplikacije oz. vsebine razlikoval od dostopa do drugih.

Celoten podatkovni promet, ki ga operater zagotavlja končnemu uporabniku po javnem komunikacijskem omrežju v okviru naročniškega razmerja, se mora obravnavati enakovredno⁶, to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacije. To jasno zadeva tudi

³ <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/posebna-porocila/problematika-podzakonskih-aktov/b-podlaga-za-podzakonske-akte/>

⁴ Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 1009.

⁵ Prav tam.

⁶ SSKJ: ENAKOVREDEN po vrednosti enak drugemu.



cenovno diskriminacijo podatkovnega prometa. Enakovredna obravnava ima samo en pomen. Zavezanec s tem, ko podatkovnega prometa, ki ga uporabnik uporablja preko storitve Deezer ne vključuje v količino prenosa podatkov izbranega paketa, ves preostali podatkovni promet, ki ga končni uporabnik uporablja pa zaračunava drugače, torej na način, da se ta vsoteva v zakupljeno količino prenosa podatkov iz paketa, katerega je uporabnik izbral, neenakovredno obravnava oba podatkovna prometa med seboj. Poleg tega pa za oba podatkovna prometa uporablja tudi različno kakovost storitve, saj podatkovni promet preko Deezerja ni omejen, za ves preostali promet pa se po porabi v paketu zakupljene količine podatkov hitrost prenosa zniža.

Določba o internetni nevtralnosti je bila umeščena v ZEKom-1 iz razloga, da se zasleduje načelo, da ponudniki lahko ponujajo, uporabniki pa uporabljajo katerokoli internetno storitev ali vsebino, ne da bi jo operaterji omrežij, ki izvajajo storitev dostopa do interneta ali izvajalci storitev dostopa do interneta, omejili ali razvrednotili. Enakopravna obravnava internetnega prometa je ključni pogoj za razvoj novih inovativnih storitev, zato je tudi v interesu nadaljnjega razvoja nujno potrebno ohranjati odprt in nevtralen značaj interneta. To med drugim pomeni tudi to, da katerakoli storitev dostopna preko interneta ne sme biti omejevana, tudi če je konkurenčna storitvi operaterjev omrežij, ki izvajajo storitev dostopa do interneta. Dodatne storitve v obliki vsebin ponudnik dostopa do interneta sicer lahko vključi v paket dostopa in jih tudi dodatno zaračuna, med dostopom in temi dodatnimi storitvami pa ni dovoljena kakršnakoli relacija odvisnosti ali pogojenosti.

Agencija ima kot organ, ki je po 221. členu ZEKom-1 pristojen za nadzor nad izvajanjem določb tega zakona in na njegovi podlagi izdanih predpisov in splošnih aktov vso potrebno pristojnost in obveznost razlagati zakonske določbe, saj jih sicer ne bi mogla nadzirati.

Na podlagi zgornjih ugotovitev je agencija odločila, kot izhaja z prve točke izreka te odločbe.

V zvezi z naloženimi ukrepi za odpravo nepravilnosti iz prve točke te odločbe agencija ugotavlja, da so primerni in sorazmerni ter da se edino na takšen način lahko odpravijo ugotovljene kršitve zakona. Strožji ukrepi niso potrebni, blažji oziroma drugačni pa ne bi zagotovili odprave ugotovljenih kršitev.

Glede 60 - dnevne roka za izvedbo naloženega ukrepa pa agencija ugotavlja, da je njegova naložitev nujno potrebna za zagotovitev pravočasnosti in poštenosti odprave ugotovljenih nepravilnosti. Če rok ne bi bil točno določen, bi to omogočalo zavezancu, da z zavlačevanji pri izvedbi neupravičeno podaljšuje čas odprave nepravilnosti za kar ima tudi finančni interes. Pri tem agencija ugotavlja, da je rok kot je določen za izvedbo ukrepov razumno dolg in primeren glede na naložene ukrepe. Rok je daljši, kot ga agencija navadno določi za odpravo nepravilnosti v nadzornih odločbah, ker gre za odpravo kršitev, ki ima za posledico tudi spremembe na maloprodajnem nivoju, torej direktno vpliva na pogodbeno razmerja med zavezancem in njegovimi naročniki, za ureditev česar je potrebno zavezancu omogočiti razumen čas. Glede na navedeno je mogoče

zaključiti, da naloženi ukrepi in rok za izvršitev odločbe predstavljajo primeren in sorazmeren ukrep za odpravo nepravilnosti.

Obveznost obveščanja agencije o sprejetih ukrepih za odpravo nepravilnosti iz druge točke te odločbe izhaja iz petega odstavka 29. člena ZIN in je s tem tudi utemeljena.

Ker pri vodenju tega postopka niso nastali stroški organa ali stranke, ki bi jih bilo treba vrniti skladno s prvim odstavkom 113. člena ZUP je odločeno tako, kot je navedeno v tretji točki izreka te odločbe.

Pouk o pravnem sredstvu:

Zoper to odločbo je v skladu s prvim odstavkom 227 člena ZEKom-1 mogoče sprožiti upravni spor v roku 30 dni od njene vročitve. Upravni spor se sproži s tožbo, ki se vloži pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana. V sporu odloča Upravno sodišče na sedežu v Ljubljani. Tožba se vloži pri pristojnemu sodišču neposredno pisno ali pa se mu pošlje po pošti. Tožbi je treba priložiti tudi po en prepis ali kopijo tožbe in prilog za toženca, če je kdo prizadet z odločbo, pa tudi zanj, priložiti pa je potrebno to odločbo v izvorniku, prepisu ali kopiji. Ob vložitvi tožbe je potrebno plačati sodno takso v višini 800 točk, kar ob vrednosti točke 0,0821 EUR znaša 65,68 EUR.

Katja Kmet
Pooblaščenca oseba

Vročiti: zavezancu, v skladu z 91. čl. ZUP