



AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA
OMREŽJA IN STORITVE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 06101-813/2014/4

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 Si.mobil d.d., Šmartinska 134b, Ljubljana (v nadaljevanju: zavezanec), ki ga zastopa predsednik uprave Zeddies Jörg, po uradni dolžnosti naslednjo

ODLOČBO

1. Si.mobil d.d., Šmartinska 134b, Ljubljana mora v roku 60 dni po prejemu te odločbe prenehati neenakovredno obravnavati internetni promet, ki ga uporabniki prenesejo pri uporabi aplikacije »Hangar mapa« od internetnega prometa, ki ga 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 internetnega prometa naročniškega ali predplačniškega paketa elektronskih komunikacijskih storitev.
2. Si.mobil d.d. 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 storitve Hangar mapa o prenehanju nujenja storitve brez obračunavanja oziroma odštevanja od zakupljene količine 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.

Pooblaščen osebja agencija je med pregledom ponudbe, objavljene na spletnih straneh zavezanca, na povezavi <http://www.simobil.si/hangarmapa> 13. 8. 2014 ob 11.30 uri zasledila naslednjo ponudbo: »Hangar Mapa je nova Si.mobilova brezplačna aplikacija, ki vam nudi 4 GB prostora za varno shranjevanje vaših podatkov, kot so slike, glasba, dokumenti in podobno. Dokumenti bodo



vedno na doseg roke, saj lahko do vseh dokumentov naloženih v Hangar Mapo, vedno dostopate preko vseh svojih naprav: tablice, telefona in računalnika. Prenos podatkov, ki je potreben za nalaganje in prenašanje dokumentov, pa je v Si.mobilovem omrežju za vas brezplačen. V Hangar Mapi lahko že kmalu pričakujete še več prostora in nove funkcionalnosti.«.

Vsebinsko enako določilo glede (ne)obračunavanja prenosa podatkov je bilo objavljeno tudi v Posebnih pogojih za uporabo storitve Hangar Mapa, dosegljivih na povezavi <http://www.simobil.si/documents/10179/0/Posebni+pogoji+za+uporabo+storitve+Hangar+Mapa/2fea5a4b-15f2-4ac7-9779-29977823c8f0>, in sicer v poglavju II. Plačevanje storitve Hangar Mapa: *»II./1 Uporabniku, ki se je skladno s temi Posebnimi pogoji naročil oz. aktiviral storitev Hangar Mapa, se storitev Hangar Mapa zaračunava v skladu z veljavno ponudbo in vsakokrat veljavnim cenikom Si.mobila. Prenos podatkov v Si.mobilovem omrežju, ki ga Uporabnik pri uporabi storitve Hangar Mapa preko pametnega telefona in/ali tablice porabi, se Uporabniku ne zaračunava oz. se ne porablja izmed količine podatkov, ki jo ima Uporabnik zakupljeno v okviru svojega naročniškega paketa (to ne velja za dostop storitve Hangar Mapa v tujini, kjer se prenos podatkov zaračunava po ceniku vsakokratnega operaterja).«*

Agencija je ugotovila, da zavezanec z zgoraj opisano ponudbo krši načela nevtralnosti interneta iz 37. točke 3. člena ZEKom-1, kot tudi tretji in peti odstavek 203. člena ZEKom-1, zato je o zgoraj navedenih ugotovljenih nepravilnostih z dopisom št. 06101-813/2014/2 z dne 21. 11. 2014 obvestila zavezanca ter mu dala možnost, da se o zadevi v razumnem roku (deset dni) izreče. 4. 12. 2014 je prejela pravočasen odgovor zavezanca.

Zavezanec odgovarja, da prenosa podatkov v okviru storitve Hangar mapa ne prioritizira, zato agencija v zvezi z morebitno kršitvijo določb o enakopravni obravnavi zaradi različnih parametrov kakovosti storitev postopka inšpekcijskega nadzora ni nadaljevala. Glede ponujanja storitev shranjevanja in prenosa podatkov v okviru aplikacije Hangar mapa na način, da je prenos podatkov, ki ga uporabnik pri uporabi te storitve porabi v omrežju zavezanca za uporabnika brezplačen, pa zavezanec potrjuje, da takšno storitev ponuja, vendar načela nevtralnosti interneta (37. točka 3. člena ZEKom-1) niti kateregakoli drugega predpisa po njegovem mnenju ne krši, glede na trditve agencije pa se dodatno izjasnjuje.

Zavezanec opozarja, da agencija v svojem obvestilu za pojasnilo pomena petega odstavka 203. člena smiselno uporablja dikcijo, uporabljeno v obrazložitvi predloga ZEKom-1, ki je bil poslan v Državni zbor RS, vendar je bil predlog zakona spremenjen ravno v delu, na katerega se nanaša navedeno pojasnilo agencije, saj je bil izbrisan drugi stavek petega odstavka 203. člena, ki govori o vplivu na ceno storitev. Po mnenju zavezanca tako pojasnilo, ki ga agencija podaja kot argumentacijo vsebine določbe petega odstavka, dokazuje ravno nasprotno, to je, da takšna ni pravilna vsebina oz. pravilni pomen določbe tega odstavka, saj je zakonodajalec ob sprejemu zakona ta del besedila predloga izpustil iz dikcije sprejetega zakona.

Zavezanec navaja, da ne krši načela nevtralnosti interneta (*po katerem se vsak internetni promet...*



obravnava enakovredno, to je neodvisno od vsebine, aplikacij, storitev, naprave, vira in cilja komunikacije), ker prenosa podatkov, ki poteka za potrebe storitve Hangar mapa, ne obravnava neenakovredno, saj ta prenos podatkov poteka enako v primerjavi z vsemi ostalimi vsebinami, aplikacijami, storitvami, napravami, viri ali cilji komunikacije. Prenos teh podatkov nima nobene prednosti pred katerikoli drugim prenosom podatkov, agencija pa v pozivu niti ne zatrjuje, da bi zavezanec predmetni prenos podatkov obravnaval kakorkoli drugače, s čimer agencija niti ne zatrjuje obstoja kršitve tega zakonskega določila.

Zavezanec v svojem odgovoru trdi, da agencija s tem, da v pozivu za izjasnitev razlaga, *da ni dovoljeno ponujati storitev dostopa do interneta z dostopom do le določenih spletnih strani, storitev ali aplikacij, medtem ko so druge blokirane ali drugače cenovno ovrednotene, cene storitev dostopa do interneta pa se ne smejo razlikovati glede na omogočene hitrosti dostopa do posameznih spletnih strani, storitev ali aplikacij, ki so nudene ali se uporabljajo preko storitev dostopa do interneta*, uporablja napačno oz. irelevantno argumentacijo petega odstavka 203. člena. Določba 203. člena namreč predstavlja izhodišče in jezikovni okvir, v katerem se mora razlagalec gibati. Ob upoštevanju različnih metod razlage je jasno, da je pravna vsebina petega odstavka 203. člena povsem drugačna od očitka agencije zavezancu. Ključni del je v besedi »temeljiti«, za katero je zavezanec podal tudi razlago iz slovarja slovenskega knjižnega jezika. Iz podrobne proučitve samega besedila zakona in razlage te ključne besede bi lahko sklepali, da naj bi storitev dostopa do interneta, ki jo ponuja zavezanec, temeljila na brezplačnem prenosu podatkov za storitev Hangar mapa, kar pa ne drži. Zavezanec v svojem odgovoru sklepa, da navedene zakonske obveznosti v celoti spoštuje, saj lahko vsi uporabniki nemoteno in neovirano dostopajo do katerikoli spletnih strani, aplikacij in storitev, zavezanec pa ponuja veliko različnih ugodnosti za svoje uporabnike, pri čemer jih s svojimi storitvami nikakor ne omejuje, onemogoča dostop do interneta ali daje prednost uporabnikom storitev Hangar mapa. Nobena storitev zavezanca ne temelji na Hangar mapi.

Zavezanec izpostavlja, da tudi drugi slovenski in tuji operaterji mobilnih komunikacij ponujajo enake oz. podobne storitve, v okviru katerih prav tako ponujajo uporabnikom brezplačen prenos podatkov za potrebe uporabe teh storitev s strani uporabnikov, pri čemer zavezanec navaja tudi dva konkretna primera takšnih storitev enega od slovenskih operaterjev.

Po vedenju zavezanca je t.i. »zero rating« dovoljen vsaj v šestindvajsetih (čeprav meni, da je Slovenija sedemindvajseta) državah članicah EU, kar dodatno dokazuje, da pri ravnanju zavezanca ne gre za kršitev načela nevtralnosti interneta.

Zavezanec dodatno pojasnjuje, da zakonsko določilo 203. čl. ZEKom-1 brezplačnega prenosa podatkov ne ureja, kar utemeljuje s tem, da je zakonodajalec izrecno izločil ureditev te tematike iz določb ZEKom-1. Na podlagi splošnih načel Ustave RS pa je državljanom vse, kar ni izrecno prepovedano, dovoljeno. Predlog zakonskega besedila ZEKom-1 je namreč v petem odstavku 203. člena vseboval tudi določilo »*Posamezne storitve ali aplikacije, ki so nudene ali se uporabljajo preko storitev dostopa do interneta, ne smejo vplivati na ceno storitev operaterjev omrežij in izvajalcev storitev dostopa do interneta*«, ki pa je bilo kasneje ob sprejemu ZEKom-1 s strani Državnega zbora



RS črtano. Po mnenju zavezanca je zakonodajalec z izključitvijo tega dela besedila iz petega odstavka 203. člena želel izključiti urejanje situacije, ko posamezne aplikacije ali storitve vplivajo na ceno storitev dostopa do interneta. Ker je ta materija ostala zakonsko neurejena, skladno s splošnimi ustavnimi načeli pomeni, da je takšno ravnanje dovoljeno. Zavezanec v odgovoru citira tudi odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-234/97 in U-I-370/98, ki v zvezi s splošno svobodo ravnanja ljudi pojasnjujeta, da je v pravni državi človeku dovoljeno vse, kar ni prepovedano, in ne obratno.

Zavezanec pojasnjuje, da agencija nima nobene podlage niti potrebne pristojnosti za širjenje razlage veljavne zakonske določbe, ki ne ureja situacije, ko posamezna aplikacija ali storitev vpliva na ceno dostopa do interneta. S takšno razlago agencija poskuša v zakon (ZEKom-1) vnesti vsebino, ki je bila v končnem besedilu zakona črtana v primerjavi z besedilom predloga zakona z dne 27. 9. 2012. Takšno ravnanje agencije je nezakonito in protiustavno. Vsebino posamičnega zakonskega določila lahko razlaga zgolj in samo organ, ki je je takšno določilo sprejel, v tem primeru Državni zbor RS.

Zavezanec navaja, da agencija ni pojasnila, zakaj v svojem pozivu omenja tudi določbo tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1 ter v čem in ali sploh vidi njeno kršitev s strani zavezanca, vendar se zavezanec kljub temu izjasnjuje, da do kršitve te določbe zakona nikakor ni prišlo, saj dostopa do interneta zavezanec ne omejuje, ne zadržuje ali ne upočasnjuje na ravni posameznih storitev ali aplikacij in tudi ne izvaja kakršnikoli ukrepov za njegovo razvrednotenje, razen v okoliščinah, predvidenih s tem členom.

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

ZEKom-1 v 37. točki 3. člena določa načelo nevtralnosti interneta kot *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*. Bistvo definicije načelo nevtralnosti interneta iz 3. člena ZEKom-1 je v *enakovredni* obravnavi. Slovar slovenskega jezika za pojem »enakovreden« podaja razlago »po vrednosti enak drugemu«, pojem »enak« pa na prvem mestu razlaga »1. ki se po lastnostih, značilnostih ujema, ne razlikuje«. V tem kontekstu je definicijo nevtralnosti interneta potrebno razumeti tudi pri razlaganju določb ZEKom-1 (predvsem 203. člena), ki ta pojem uporabljajo.

Konkretno pa je prepoved kršitev načela nevtralnosti interneta določena v tretjem in petem odstavku 203. člena ZEKom-1. Tretji odstavek 203. člena določa, da *operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta ne smejo omejevati, zadrževati ali upočasnjavati internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij ali izvajati ukrepov za njihovo razvrednotenje, razen v primeru določenih izjem (nujni ukrepi za zagotavljanje nemotenega delovanja ter ohranjanje celovitosti omrežij in storitev, omejevanje neželenih komunikacij ter na podlagi odločbe sodišča)*, peti odstavek istega člena pa, 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. Prepoved omejevanja internetnega prometa na ravni posameznih storitev iz tretjega odstavka ni omejena le na omejevanje hitrosti, odzivnih časov in drugih tehničnih parametrov internetnega prometa, temveč se nanaša na kakršnokoli omejevanje, torej tudi ekonomsko. Internetni promet, ki je nastal pri uporabi določenih storitev, vsebin ali aplikacij, se namreč lahko v primerjavi z drugim internetnim prometom omejuje tudi tako, da se ga uporabniku obračuna po drugačni, zanj manj ugodni ceni. Uporabnik, ki nima neomejenih finančnih virov, je pri uporabi internetnega prometa, ki ga mora plačati, bolj omejen kot pri uporabi internetnega prometa, ki ga ne plačuje. Dodatno je obveznost spoštovanja načela nevtralnosti interneta določena v petem odstavku 203. člena, ki prepoveduje (kakršnokoli!) razlikovanje med storitvami dostopa do interneta glede na uporabo storitve ali aplikacije. Operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta ne smejo ponujati svojih storitev do le določenih spletnih strani, storitev ali aplikacij, medtem ko je dostop do drugih spletnih strani, storitev ali aplikacij onemogočen ali obravnavan na drugačen način, in sicer tako s tehničnega (npr. je blokiran ali zanj veljajo drugačni parametri kakovosti storitve, kot so hitrost, zakasnitev idr.) kot ekonomsko – komercialnega vidika (je npr. drugače cenovno ovrednoten, se zanj uporablja drugačna obračunska enota ali veljajo različni plačilni pogoji idr.). Enakovredna obravnava vsakega internetnega prometa, ne glede na vsebino, aplikacijo, storitev, napravo, vir in cilj komunikacije je nujen pogoj, ki ga morajo operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta izpolnjevati v skladu z zgoraj citiranimi določbami. Določbe o nevtralnosti interneta v ZEKom-1 zasledujejo 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 drugi izvajalci storitev dostopa do interneta, omejili ali razvrednotili. Nevtralnost interneta pomeni, da se vsi podatki v omrežju obravnavajo enakovredno. Enakovredna obravnava podatkov se nanaša na običajen postopek načina prenosa podatkov do njihove končne destinacije in pomeni, da se vsi podatki prenašajo po istih pravilih.

Glede na pojasnila zavezanca, ki jih je le ta podal v svoji izjasnitvi, agencija odgovarja sledeče:

Agencija je v obrazložitvi kršitve v pozivu, ki ga je poslala zavezancu za izjasnitev glede ugotovljenih kršitev določb ZEKom-1 o nevtralnosti interneta, res uporabila razlago, ki je smiselno podobna dikciji iz obrazložitve predloga petega odstavka 203. člena ZEKom-1, ki je bila poslana v Državni zbor RS. Ta obrazložitev se je vsebinsko nanašala na predlog zakona, ki je vseboval tudi del, ki je bil v kasnejšem postopku sprejemanja zakona črtan iz predloga, vendar je potrebno poudariti, da je takšna razlaga petega odstavka 203. člena ZEKom-1 ne glede na zgoraj navedene spremembe še vedno pravilna in korektna.

Tudi jezikovna razlaga zakonske norme petega odstavka 203. člena ZEKom-1 potrjuje nepravilnost trditve zavezanca, da pri ravnanju, ki mu ga agencija očita, ne gre za kršitev te zakonske določbe in kršitev načela nevtralnosti interneta. Napačno je tudi sklepanje zavezanca, da naj bi iz besedila zakona in jezikovne razlage besede »temeljiti« lahko sklepali, da naj bi storitev do interneta, ki jo ponuja zavezanec, temeljila na brezplačnem prenosu podatkov za storitev Hangar mapa. Agencija tudi nikjer ne trdi, da storitve zavezanca temeljijo na Hangar mapi, pač pa je Hangar mapa zgolj ena



od (internetnih) storitev, ki jih zavezanec ponuja, vendar ne v celoti enakopravno v primerjavi z drugimi storitvami. Če storitve izvajalcev (operaterjev omrežij ali izvajalcev storitev dostopa do interneta) ne smejo temeljiti na storitvi ali aplikaciji, ki se nudi preko interneta, potem način, kako do teh storitev dostopa uporabnik, ne sme biti odvisen od uporabljene (ali želene) storitve ali aplikacije. Tako ni dovoljeno, da ponudnik samo na osnovi tega, do katere internetne storitve, aplikacije ali vsebine dostopa uporabnik, določi, po kakšni ceni mu bo zaračunal prenesene podatke. ZEKom-1 v petem odstavku prepoveduje vsako neenakovredno obravnavo (pozitivno ali negativno diskriminacijo) zgolj na osnovi uporabljene storitve ali aplikacije. Vse istovrstne storitve ali aplikacije se morajo obravnavati v vseh pogledih enakovredno. Trditev zavezanca, da prenosa podatkov za potrebe storitve Hangar mapa ne obravnava neenakovredno, saj ta prenos poteka enako v primerjavi z vsemi ostalimi vsebinami, aplikacijami, storitvami..., se očitno nanaša samo na tehnične karakteristike prenosa podatkov po internetnem omrežju, ne pa tudi na druge vidike pojma »enakovredna obravnav«. Načelo nevtralnosti interneta govori o enakopravni obravnavi (vsega internetnega prometa), ne pa zgolj in samo o enakopravnem načinu tehničnega vidika prenosa podatkov.

Navedbe zavezanca v svoji izjasnitvi, da tudi drugi slovenski in tuji operaterji mobilnih komunikacij ponujajo enake oz. podobne storitve, v okviru katerih prav tako ponujajo brezplačen prenos podatkov, ter da je t.i. »zero rating« ponudba dovoljena v vsaj šestindvajsetih državah članicah EU, niso v nobeni povezavi s konkretnim postopkom inšpekcijskega nadzora, v kateremu se je ugotovila konkretna kršitev konkretnih zakonskih določb s strani zavezanca, zato jih agencija ne bo komentirala. Morebitne kršitve istih (in drugih) zakonskih norm pri drugih subjektih agencija v okviru svojih pristojnosti ugotavlja v ločenih postopkih nadzora.

Agencija zavrača tudi navedbe zavezanca, da zakonsko določilo 203. čl. ZEKom-1 brezplačnega prenosa podatkov ne ureja, kar utemeljuje s tem, da je zakonodajalec izrecno izločil ureditev te tematike iz določb ZEKom-1, saj je predlog zakonskega besedila ZEKom-1 v petem odstavku 203. člena vseboval tudi določilo o prepovedi vpliva storitve na ceno dostopa, ki pa kasneje ni bilo vključeno v zakon. Pri tem gre za očitno napačno razlago (kasneje umaknjene) predloga besedila, ki se je glasilo: *»Posamezne storitve ali aplikacije, ki so nudene ali se uporabljajo preko storitev dostopa do interneta, ne smejo vplivati na ceno storitev operaterjev omrežij in izvajalcev storitev dostopa do interneta«*. Odbor za izobraževanje, znanost, kulturo, šport in mladino je kot matično delovno telo Državnega zbora v okviru druge obravnave na podlagi vloženega amandmaja št. 667-VI k 203. členu z dne 1. 12. 2012 sprejel odločitev, da se drugi (zgoraj citirani) stavek prvotnega 203. člena črta, za kar je podal naslednjo obrazložitev: *»Po ponovni preučitvi ureditve nevtralnosti interneta in glede na pripombe zainteresirane javnosti smo ugotovili, da je smiselno črtati določbo drugega stavka petega odstavka 203. člena z vidika sorazmernosti ureditve«*. Gre namreč za to, da bi črtani stavek, če bi v zakonu ostal, ponudnikom dostopa do interneta prepovedoval, da dodatne storitve v obliki vsebin in storitev vključijo v paket dostopa in jih tudi dodatno zaračunajo. Ne glede na to, da je bil zgoraj navedeni stavek v zakonodajnem postopku sprejemanja ZEKom-1 črtan, pa peti odstavek 203. člena še vedno prepoveduje kakršenkoli razlikovanje med dostopom zgolj na



osnovi uporabljene storitve ali aplikacije. Med dostopom in dodatnimi storitvami ostaja prepovedana kakršnakoli relacija odvisnosti ali pogojenosti. Ponudniki dostopa smejo zaračunati vsebino storitve, seveda smejo zaračunati dostop do storitve (podatke, porabljene pri uporabi te storitve), vendar pa cene samega dostopa ne smejo pogojevati z vsebino (torej prepovedane so različne cene dostopa do različnih vsebin, storitev, aplikacij). Potrebno je ločiti med ceno *vsebine* (to je cena, ki jo je potrebno plačati za nekatere vsebine, kot so npr. avtorske vsebine, filmi, glasba, izobraževanja ipd., ki seveda ni regulirana in je prepuščena tržnim zakonitostim) in ceno *dostopa do teh vsebin*, to je cena, ki jo plačamo za prenesene podatke, ki se ne sme razlikovati zaradi same vsebine. Samo dejstvo, da je bil zgoraj navedeni stavek v zakonodajnem postopku sprejemanja ZEKom-1 črtan, ne pomeni, da je drugačno obravnavanje posameznih internetnih prenosov dovoljeno. To prepoveduje že samo načelo nevtralnosti interneta iz 37. točke 3. člena kot tudi v celotni veljavna tretji in peti odstavek 203. člena ZEKom-1. Ne glede na zgodovinsko razlago petega odstavka 203. člena ZEKom-1 ostaja nesporno 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, potem izbrana aplikacija tudi ne sme vplivati na kakovost storitve ali katerikoli drug parameter, ki vpliva na sam dostop do nje.

Agencija se strinja z zavezancem, da sama nima nobene podlage ali potrebne pristojnosti za širjenje razlage veljavne zakonske določbe, zavrača pa njegove navedbe, da to tudi dejansko počne z razlago določb 203. člena. Kot je pojasnjeno zgoraj, agencija ne poskuša vnesti v zakon vsebin, ki so bile črtane iz prvotnega predloga, ker ta vsebina za obravnavan primer sploh ni relevantna. Avtentično razlago posamičnega zakonskega določila seveda lahko poda zgolj organ, ki je takšno določilo sprejel, vendar ima agencija kot organ, ki je po 221. členu ZEKom-1 pristojen za nadzor nad izvajanjem določbe tega zakona in na njegovi podlagi izdanih predpisov in splošnih aktov vso potrebno pristojnost in tudi obveznost razlagati zakonske določbe, saj jih sicer ne bi mogla nadzirati.

Nevtralnost interneta kot politični cilj in regulativno načelo, ki naj ju agencija spodbuja in zasleduje, sta določena v ZEKom-1. Podlaga za delovanje agencije v smislu uveljavljanja nevtralnosti interneta kot 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 je nevtralnost interneta izrecno vključena v 3. točko 198. člena (regulativna načela), ki govori o zaščiti konkurence v korist uporabnikov:



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.

V skladu z navedenim ima agencija kot nacionalni regulativni organ ustrezna pooblastila za preprečevanje neupravičenega omejevanja, zadrževanja, upočasnjevanja, razvrednotenja ali kakršnekoli neenakovredne obravnave internetnega prometa na nivoju posameznih storitev ali aplikacij v javnih omrežjih elektronskih komunikacij.

Agencija se ne strinja tudi z navedbo zavezanca, da ni pojasnila, zakaj v pozivu omenja tudi določbo tretjega odstavka 203. člena. Iz samega poziva je jasno razvidno, da sta tako tretji kot peti odstavek 203. člena navedena zato, ker je agencija ugotovila, da ju je zavezanec z očitanim ravnanjem kršil. 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 istega člena, 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. Določbe 203. člena ZEKom-1 se tudi ne sme obravnavati zgolj iz 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 ni nikjer omejena le na tehnični vidik prepovedi omejevanja internetnega prometa ali na tehnične ukrepe za razvrednotenje posameznih storitev ali aplikacij.

Ob upoštevanju zgoraj navedenih ugotovitev in izvedenih dokazov lahko ugotovimo, da je nesporno potrjeno dejstvo, da zavezanec ponuja storitev internetnega prometa v okviru aplikacije Hangar mapa na način, da se internetni promet v njegovem omrežju, ki ga uporabnik pri uporabi te storitve prenese, uporabniku ne zaračunava oz. se ne porablja izmed količine podatkov, ki jo ima uporabnik zakupljeno v okviru svojega naročniškega paketa, medtem, ko se drug internetni promet uporabniku zaračuna drugače.

Storitev dostopa do interneta, ki jo nudi zavezanec, se tako deli na dve vrsti storitev, in sicer na odplačen dostop do interneta in brezplačen dostop do interneta. Odplačen dostop do interneta se obračuna odvisno od cen, določenih v uporabljenem naročniškem paketu in že prenesene količine podatkov v tekočem obračunskem obdobju. Vsaka prenesena enota internetnega prometa (bajt,



zlog oz. byte) se znotraj posameznega paketa obračuna po vnaprej znani ceni in pravilih. Pri brezplačnem prenosu se podatki, ki so bili preneseni ob uporabi takšne storitve, ne obračunajo, ne glede na to, kakšen paket ima naročnik zakupljen z naročniško pogodbo z zavezancem. Edini kriterij, ki določa, ali bo dostop do interneta potekal odplačno ali brezplačno, je v obravnavanem primeru uporabljena internetna storitev / aplikacija. V kolikor uporabnik uporablja aplikacijo Hangar mapa, potem je dostop do interneta brezplačen, v kolikor uporablja katerokoli drugo aplikacijo, storitev in / ali vsebino, pa je dostop do interneta odplačen; razlika med odplačnim in brezplačnim dostopom do interneta temelji izključno na uporabljeni storitvi. Med dostopom in dodatnimi storitvami pa ni dovoljena kakršnakoli relacija odvisnosti ali pogojenosti. S tem, ko zavezanec internetnega prometa, ustvarjenega pri uporabi storitve Hangar mapa, ne zaračunava oz. ga ne vključuje v omejitve prenosa podatkov v posameznih paketih, diskriminira konkurenčno vsebinsko storitev, saj na ta način uporabnika neupravičeno motivira, da vsebinsko storitev naroči pri njemu, ker bo s tem oproščen plačila za prenesen internetni promet. Taka ponudba je zato diskriminatorna in daje prednost točno določeni vsebini, za ponujanje katere se je odločil operater. Končni uporabnik nima možnosti lastne izbire glede (»neomejene, brez plačila prenosa internetnega prometa«) 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, prenos katerega internetnega prometa je brezplačen in zato obravnavan drugače kot ostali. S tem pa zavezanec krši tako načelo nevtralnosti interneta iz 37. točke 3. člena ZEKom-1 (enakovreden dostop ne glede na vsebino), kot določbe tretjega in petega odstavka 203. člena tega zakona.

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, da se z njimi odpravijo ugotovljene kršitve. Strožji ukrepi ob dejstvu, da gre za prvič ugotovljeno kršitev, niso potrebni, ukrepi, ki bi bili za zavezanca blažji, pa ne bi zagotavljali odprave ugotovljenih kršitev. Z naloženimi ukrepi je zavezancu tudi omogočeno, da sam izbere način odprave nepravilnosti, kar je zanj nedvomno bolj ugodno od specifično predpisanih ukrepov. Glede 60 - dnevnega roka za izvedbo teh naloženih ukrepov pa agencija ugotavlja, da je njegova naložitev nujno potrebna za zagotovitev pravočasnosti in poštenosti odprave ugotovljenih nepravilnosti, pri tem pa je tako določen rok za izvedbo ukrepov hkrati tudi razumno dolg in primeren glede na naložene ukrepe za njihovo izvedbo, saj pušča zavezancu dovolj časa, da o naloženih ukrepih in s tem povezanimi spremembami obvesti svoje naročnike. Rok je namreč daljši, kot ga agencija navadno določi za odpravo nepravilnosti v nadzornih odločbah, saj gre za odpravo kršitve, 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 to 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, obveznost obveščanja naročnikov o spremembah naročniških pogojev pa iz drugega odstavka 129. člena ZEKom-1, in sta s tem tudi utemeljeni.

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.

Peter Cvitanič
Pooblaščenca oseba

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