



AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA
OMREŽJA IN STORITVE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 06101-1413/2014/4

Datum: 18. 2. 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 Tušmobil d.o.o., Brnčičeva 49, Ljubljana, ki ga zastopa direktor Gregor Štampohar, po uradni dolžnosti naslednjo

ODLOČBO

1. Tušmobil d.o.o., Brnčičeva 49, Ljubljana mora v roku 60 dni po prejemu te odločbe ves internetni promet, ki ga uporabniki mobilnega omrežja prenesejo pri uporabi različnih internetnih storitev, aplikacij ali pri dostopu do različnih vsebin, vključno z dostopom do Tušmobilovega portala Tuškabina, dosegljivega na povezavi wap.tuskabina.si ter prenosom vsebin s tega portala, obravnavati enakovredno tako, da ves internetni promet v celoti in neodvisno od vrste storitve, aplikacije ali vsebine, v zvezi s katero je prišlo do internetnega prometa, enakovredno obračuna oziroma ga upošteva v okviru zakupljene količine internetnega prometa naročniškega ali predplačniškega paketa elektronskih komunikacijskih storitev.
2. Tušmobil d.o.o. 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 svojih uporabnikov o spremembi načina obračunavanja 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 proti družbi Tušmobil d.o.o., Brnčičeva 49, Ljubljana (v nadaljevanju: zavezanec) pričela postopek nadzora nad izpolnjevanjem določb 203. člena ZEKom-1 o nevtralnosti interneta.

Pooblaščen oseba agencija je med pregledom ponudbe, objavljene na spletnih straneh zavezanca, v ceniku storitev, dosegljivem na povezavi http://www.tusmobil.si/uploads/docs/Ceniki/Cenik%20z%20novimi%20paketi/TUS_CENIK_2-18%2011%202014.pdf na strani 34 opazila



naslednjo ponudbo: *"Dostop do mobilnega portala tuškabina je omogočen vsem uporabnikom Tušmobila. Vstopnina na mobilni portal je brezplačna. Prenos podatkov se Tušmobilovim uporabnikom ob obisku tuškabine ne zaračuna, razen v primeru, ko se uporabnik nahaja v omrežju gostujočega operaterja v tujini. Vsebine na mobilnem portalu so plačljive. Vse informacije o ceni prejmete pred potrditvijo nakupa. Vse cene vključujejo DDV. Dolžina seje ni omejena. Sejo zaključite šele, ko prekinete podatkovno povezavo ali ugasnete brskalnik na svojem mobilnem telefonu. Cena plačljivih vsebin se izpiše pred potrditvijo nakupa."*

Agencija je ugotovila, da zavezanec z zgoraj opisano ponudbo krši tretji in peti odstavek 203. člena ZEKom-1 v povezavi z definicijo načela nevtralnosti interneta iz 37. točke 3. člena ZEKom-1, zato je o zgoraj navedenih ugotovljenih nepravilnostih z dopisom št. 06101-1413/2014/2 z dne 18. 12. 2014 obvestila zavezanca ter mu dala možnost, da se o zadevi v razumnem roku izreče. 13. 1. 2015 je agencija prejela pravočasen odgovor zavezanca.

Zavezanec odgovarja, da je mobilni portal Tuškabina namenjen uporabnikom zavezanca, stroški za njegovo zagotavljanje pa so vključeni v naročnino oz. so vračunani v razliko med stroški in ceno zagotavljanja predplačniških paketov. Bistvene funkcionalnosti portala so upravljanje naročnikov z naročniškim razmerjem, spremljanje porabe in nakupi vsebin. Za uporabo navedenih funkcionalnosti se uporabnik z vzpostavitev podatkovne (vendar ne internetne) povezave na GGSN omrežnem elementu identificira s svojo MSISDN naročniško številko, GGSN pa prenos podatkov za takšne zahteve meri posebej. Pri dostopu do omenjenih funkcionalnosti portala sicer pride do prenosa podatkov, vendar ne gre za prenos podatkov preko javnega interneta, zato ni možno govoriti o kršitvi načela nevtralnosti interneta, kot jo konkretizira tretji odstavek 203. člena ZEKom-1. Zavezanec pri tem izvede analogijo s storitvijo MMS (Multimedijski sporočilni sistem), kjer je prav tako pomembno razlikovanje med prometom, ki se izvaja preko internetnega protokola in internetnim prometom, saj se pri MMS na identičen način izvaja prenos podatkov preko IP protokola, vendar se prenosa podatkov ne zaračuna.

Poleg tega je zavezanec mnenja, da t.i. zero-rated services (torej storitve, pri katerih se prenos podatkov ne zaračunava), ne spadajo med kršitve načela nevtralnosti interneta v skladu z določili ZEKom-1, saj bi zakonodajalec, v kolikor bi želel opredeliti in sankcionirati brezplačne storitve podatkovnega prenosa, v končni različici ZEKom-1 obdržal določilo, ki te storitve nedvoumno prepoveduje oz. sankcionira. Tako pa navedenega določila v ZEKom-1 ni, dikcije petega odstavka 203. člena pa ni mogoče nedvoumno razumeti kot prepoved ponujanja brezplačnega prenosa podatkov. Zavezanec v nadaljevanju citira načelno pravno mnenje Vrhovnega sodišča o veljavnosti predpisov v zvezi z načelom jasnosti in določnosti ter načelom pravne varnosti. Določilo petega odstavka 203. člena ZEKom-1 je po mnenju zavezanca nejasno in ga je možno razumeti vsaj na dva načina: kot blanketno prepoved operaterjem ponujanja kakršnihkoli storitev, do katerih lahko uporabniki dostopajo preko interneta ali kot prepoved nudenja storitev ponudnikom storitev.

Zavezanec tako zaključuje, da je vnaprejšnja opredelitev določila cenika on ponudbe storitev Tušmobila kot kršitve načela nevtralnosti interneta napačna tako z vidika opisa dejanskega stanja



kot tudi uporabe ustrezne norme, zato zavezanec agenciji predlaga ustavitev predmetnega postopka nadzora.

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 »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 upočasnjevati 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 se ne nanaša 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. 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. Določb tega odstavka se tudi ne sme obravnavati zgolj iz tehničnega vidika, saj ima



nespoštovanje nevtralnosti 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.

Dodatno je obveznost spoštovanja načela nevtralnosti interneta določena v petem odstavku 203. člena, ki prepoveduje (kakega koli!) razlikovanje med nudenjem dostopa do interneta glede na uporabo storitve ali aplikacije (do katere uporabnik dostopa preko interneta). 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 vidika (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, 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, posamezno storitev ali vsebino kakorkoli omejili ali razvrednotili. Nevtralnost interneta pomeni, da se vsi internetni podatki, ki se prenašajo v omrežju, obravnavajo enakovredno. Enakovredna obravnava podatkov se nanaša na običajen postopek načina prenosa podatkov (internetnega prometa) do njihove končne destinacije in pomeni, da se vsi podatki prenašajo po istih pravilih. 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 ali aplikacij dostopa uporabnik, ne sme biti odvisen od uporabljene (ali želene) storitve oz. 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 203. člena prepoveduje vsako neenakovredno obravnavo (pozitivno ali negativno diskriminacijo) na osnovi uporabljene storitve ali aplikacije. Vse istovrstne storitve ali aplikacije se morajo obravnavati v vseh pogledih enakovredno. Zahteva po enakovrednem prenosu vsega internetnega prometa se ne nanaša samo na tehnične karakteristike prenosa podatkov po internetnem omrežju, pač pa tudi na druge vidike pojma »enakovredna obravnava«. Načelo nevtralnosti interneta govori o enakovredni obravnavi (vsega internetnega prometa), ne pa zgolj in samo o enakovrednem načinu tehničnega vidika prenosa podatkov.

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

Očitek zavezanca, da je mobilni portal Tuškabina namenjen uporabnikom zavezanca, ni relevanten, pa tudi drži ne v celoti. Tudi mnoge druge spletne strani, aplikacije ali storitve so namenjene zgolj



določenemu krogu uporabnikov, pa morajo ponudniki dostopa do interneta kljub temu spoštovati določbe 203. člena ZEKom-1 o nevtralnosti interneta tako, da vsem uporabnikom ponudijo enakovredne pogoje za dostop do njih. Poleg tega trditev, da je mobilni portal Tuškabina namenjen uporabnikom zavezanca, ne drži, ker je dostop nanj oz. vsaj do nekaterih vsebin omogočen komurkoli preko spletnega naslova wap.tuskabina.si. Tudi navajanje zavezanca, da je portal Tuškabina namenjen predvsem upravljanju naročnikov z naročniškim razmerjem, spremljanju porabe in nakupom vsebin, ni niti pomembno, saj zakon glede nevtralnosti interneta ne dovoljuje razlikovanja na osnovi vsebin, niti ne drži v celoti, saj je na portalu poleg omenjenih vsebin možno najti še aktualne novice, informacije, športne, zabavne in druge vsebine. Agencija zavezancu tudi ni očitala, da stroškov za zagotavljanje tega portala niso pokriti oz. da jim morda financira iz drugih virov, saj to ni bil predmet tega inšpekcijskega postopka. Agencija zavezancu očita le, da prenos internetnih podatkov, do katerega pride pri obisku tega portala, ni obravnavan enakovredno (je brezplačen oz. ni obračunan) kot prenos drugih internetnih podatkov (ga mora uporabnik plačati).

Pojasnilo zavezanca, da pri uporabi portala Tuškabina ne gre za prenos podatkov preko javnega interneta, saj naj bi se promet zaključil v omrežju zavezanca, se očitno nanaša na mnenje zavezanca, da portal deluje v njegovem zasebnem omrežju, kar pa ne drži. Internet je omrežje omrežij, ki ga sestavlja na milijone med seboj povezanih zasebnih, javnih, akademskih, poslovnih, vladnih in drugih lokalnih in globalnih omrežij, t.i. avtonomnih sistemov. Tudi (računalniško) omrežje zavezanca je eden od takšnih avtonomnih sistemov – osnovnih gradnikov interneta. Internet za svoje delovanje uporablja nabor internetnih protokolov, od katerih sta najpomembnejša TCP in IP. Posamezni uporabnik (tudi vsak naročnik zavezanca) dostopa do interneta in njegovih storitev (svetovni splet, elektronska pošta, P2P način izmenjave datotek itd.) preko svojega terminala, to je tudi njegov vstopna točka v internet, zato tudi ne more držati trditev zavezanca, da uporabniki zavezanca enkrat dostopajo v zasebno omrežje, drugič (na popolnoma enak način) pa v javen internet. Internet je javno omrežje, zavezanec pa je kot operater javnega komunikacijskega omrežja in ponudnik dostopa do interneta zavezanec k spoštovanju določb ZEKom-1 o internetni nevtralnosti. Omrežje zavezanca je za uporabnika del interneta in ne drži, da se internet začne šele na drugi strani omrežja zavezanca. Gre za javno komunikacijsko omrežje in ne zasebno, kot to skuša prikazati zavezanec. Hkrati pa takšno trditev preko splošnih pogojev, dostopnih na spletni strani <http://wap.tuskabina.si/sl/splosni-pogoji/> izpodbija tudi sam zavezanec, saj v njih navaja: *“Portal pomeni vse vsebine, aplikacije in druge elemente (ne glede na to ali so ti elementi posebej plačljivi ali brezplačni), ki se nahajajo na spletnem naslovu <http://wap.tusmobil.si> in wap.tuskabina.si . Celoten portal je dostopen prek mobilnega terminala, ki podpira protokol za dostop do spletnih strani z brezžičnimi terminali, del portala, na katerem pa ni omogočen nakup vsebin, pa tudi preko spleta. Pri uporabi plačljivih storitev oziroma pri dostopu do plačljivih vsebin na spletnih straneh Portala se bo uporabniku uporaba teh storitev oziroma dostop do vsebin zaračunal po vsakokratno veljavnem ceniku za to storitev in na nacin, naveden pri uporabi oziroma dostopu do storitve.”* Iz citiranega dela splošnih pogojev dostopa in uporabe mobilnega portala Tuškabina je jasno razvidno, da gre za javno dostopno spletno storitev, do katere se dostopa tako, kot do drugih spletnih strani



in drugih internetnih storitev, pri čemer seveda pride do prenosa internetnega prometa, ki pa bi ga zavezanec v skladu z določbami tretjega in petega odstavka 203. člena seveda moral obravnavati enakovredno in nediskriminatorno glede na dostop do vseh drugih vsebin, storitev in aplikacij. Da gre za internetni dostop, ki je za uporabnike v celoti možen tudi iz drugih omrežij, je razvidno tudi iz (že citiranega) opisa ponudbe v ceniku zavezanca: *”Prenos podatkov se Tušmobilovim uporabnikom ob obisku tuškabine ne zaračuna, razen v primeru, ko se uporabnik nahaja v omrežju gostujočega operaterja v tujini.”* Analogija, ki jo zavezanec v svojem zagovoru vleče s storitvijo MMS, pa ne more zdržati, saj pri MMS ne gre za internetno storitev, pač pa za storitev, ki jo nudi funkcionalnost mobilnega omrežja (podobno, kot npr. SMS ali prenos govornih storitev). Zavezanec v svojem zagovoru meša svojo vlogo operaterja in s tem ponudnika dostopa do interneta (ki mora spoštovati načela nevtralnosti interneta) ter svojo vlogo ponudnika vsebin, ki pa svoje vsebine lahko ponuja le določenemu krogu uporabnikov pod pogoji (in tudi za ceno), kot jih sam določi.

Zavezanec v svojem zagovoru trdi, da storitve, pri katerih se prenos podatkov ne zaračuna, ne spadajo med kršitve načela nevtralnosti interneta, saj bi sicer zakonodajalec v končnik verziji ZEKom-1 obdržal določilo, ki te storitve nedvoumno prepoveduje. Navedba zavezanca se verjetno nanaša na predlog ZEKom-1, kot je bil vložen v zakonodajni postopek, pri končnem sprejetju besedila zakona pa je bil drugi stavek petega odstavka iz prvotnega predloga ZEKom-1 črtan, vendar agencija peti odstavek 203. člena razlaga izključno na podlagi sprejetega in veljavnega besedila ZEKom-1. Za pravilno razumevanje očitkov zavezanca o domnevno nejasnem petem odstavku 203. člena pa je potrebno postopek sprejemanja tega (petega) odstavka ZEKom-1 pojasniti podrobneje. Prvotni predlog besedila petega odstavka 203. člena je poleg besedila v veljavnem ZEKom-1 vseboval še drugi stavek, ki se je glasil: *»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 načina samega dostopa ne smejo pogojevati z vsebino (torej prepovedano je razlikovanje med različnimi vsebinami, storitvami, aplikacijami, vključno s cenovnim razlikovanjem). Potrebno je ločiti med ceno vsebine (to je ceno, 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 ceno, 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 jasno določa že sama definicija načela 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 (torej tudi ceno), ki vpliva na sam dostop do nje.

Citiranemu pravnemu mnenju Vrhovnega sodišča o veljavnosti predpisa v zvezi z načelom jasnosti in določnosti ter načelom pravne varnosti agencija seveda ne nasprotuje, ne vidi pa, kako bi to mnenje lahko vplivalo na predmetni postopek, saj agencija ne vidi nobenih težav zvezi z (ne)jasnostjo ali (ne)določenostjo zakonskih določil tretjega in petega odstavka 203. člena, na katere se pri svoji odločitvi opira.

Ker je agencija kršitve 203. člena ZEKom-1 ugotovila in dokazala, ne more upoštevati predloga zavezanca, da inšpekcijski postopek ustavi. Ob tem bi agencija rada pojasnila, da s svojo odločitvijo ne omejuje gospodarske pobude zavezanca, pač pa v okviru svojih pristojnosti z naložitvijo ustreznih in sorazmernih ukrepov za zagotovitev odprave ugotovljenih kršitev zakonskih obveznosti zavezanca ukrepa v javnem interesu, to je v korist uporabnikov kot tudi konkurenčnih ponudnikov storitev zavezanca.

Ob upoštevanju zgoraj navedenih ugotovitev in izvedenih dokazov lahko ugotovimo, da je nesporno potrjeno dejstvo, da zavezanec ponuja storitev dostopa do svojega portala Tuškabina 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



uporabljeni internetni storitev / aplikacija. V kolikor uporabnik uporablja dostop do portala Tuškabina, 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 poz. vsebini. Med dostopom in dodatnimi storitvami pa ni dovoljena kakršnakoli relacija odvisnosti ali pogojenosti. S tem, ko zavezanec internetnega prometa, ustvarjenega pri dostopu do portala Tuškabina, 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 zatorej 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.

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 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.

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

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. Oba ukrepa za zavezanca ne predstavljata nesorazmernih obremenitev in sta s tem tudi utemeljena.



AKOS

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