



AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA
OMREŽJA IN STORITVE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 06101-813/2014/13

Datum: 14. 11. 2016

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 in 81/15 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 (Uradni list 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 Dejan Turk, po uradni dolžnosti naslednjo

ODLOČBO

1. Si.mobil d.d., Šmartinska 134b, Ljubljana ne sme upočasnjevati internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij, ki ga je storil s tem, da je v obdobju med 13. 8. 2014 in 24. 3. 2015 tistim uporabnikom, ki so dosegli oz. presegli zakupljen mesečni limit podatkov, ves internetni promet razen prometa, ustvarjenega z uporabo storitve Hangar mapa, do konca mesečnega obračunskega obdobja upočasnjeval na hitrost 64 kbit/s.
2. 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 ter v postopku nadzora zavezancu 22. 1. 2015 izdala odločbo o odpravi ugotovljenih nepravilnosti št. 06101-813/2014/4. Zavezanec je odločbo agencije izpodbijal v upravnem sporu, Upravno sodišče RS (v nadaljevanju: sodišče) pa je s sodbo št. I U 295/2015-26 z dne 5. 7. 2016 ugodilo tožbi zavezanca, izpodbijano odločbo odpravilo in zadevo vrnilo agenciji v ponovni postopek.

Agencija v ponovljenem postopku nadzora preverja skladnost ravnanja zavezanca z določili 203. člena ZEKom-1, pri čemer v celoti upošteva napotila sodišča iz obrazložitve sodbe, da določbe tretjega in petega odstavka 203. člena ne prepovedujejo razlikovanja med storitvami dostopa do interneta glede na uporabo storitve ali aplikacije z ekonomsko komercialnega vidika (npr. različno cenovno ovrednotenje).

Agencija je ugotovila, da je zavezanec v obdobju med 13. 8. 2014, ko je pooblaščen oseba agencije

zaznala ponudbo zavezanca, objavljeno na spletnih straneh zavezanca in 24. 3. 2015, ko je zavezanec v skladu z obvestilom na svojih spletnih straneh prenehal različno obravnavati prenos podatkov na ravni uporabljenih aplikacij oz. storitev, tistim uporabnikom, ki so dosegli oz. presegli zakupljen mesečni limit podatkov, ves internetni promet razen prometa, ustvarjenega z uporabo storitve Hangar mapa, do konca mesečnega obračunskega obdobja upočasnjeval na hitrost 64 kbit/s (ponudba na aktualnih spletnih straneh ni več dostopna, v času kršitve pa je bila ponudba objavljena na povezavah <http://www.simobil.si/hangarmapa>).

Agencija je o zgoraj navedenih ugotovljenih nepravilnostih s pozivom št. 06101-813/2014/6 z dne 25. 7. 2016 obvestila zavezanca ter mu dala možnost, da se o zadevi v razumnem roku izreče ter 26. 8. 2016 prejela pravočasen odgovor zavezanca.

Zavezanec v svojem odgovoru ugovarja, da ni jasno, na katero obdobje se očitana domnevna kršitev nanaša oz. očitek ni natančno in konkretno opredeljen. Zavezanec je upošteval odpravljeno odločbo agencije št. 06101-813/2014/4 z dne 22. 1. 2015 ter storitev Hangar mapa ponuja v skladu z izrekom te odločbe, tako da se prenos podatkov za to aplikacijo upošteva v okviru zakupljenih količin internetnega prometa. V trenutku izdaje poziva zavezanec na noben način ne upočasnjuje preostalega internetnega prometa na drugačen način kot internetni promet ustvarjen z uporabo Hanger mape. Ker v času izdaje poziva zavezanec ni storil očitanih kršitev, je mnenja, da agencija postopka nadzora ne bi smela začeti oz. bi ga morala s sklepom ustaviti.

Po mnenju zavezanca določba tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1 predstavlja obligacijo prizadevanja (*»operaterji... si kar najbolj prizadevajo za ohranitev odprtega in nevtralnega značaja interneta...«*); v okviru te določbe je obveznost operaterjev, da si po najboljših močeh prizadevajo doseči te cilje, ni pa njihova odgovornost, če cilji kljub potrebni skrbnosti tudi niso dejansko doseženi. Če bi prišlo do kršitve navedene določbe, zavezanec meni, da je njegova odgovornost šele, če se ugotovi, da njegovo ravnanje ni ustrezalo potrebni skrbnosti. Ob tem zavezanec poudarja, da je storitev Hangar mapo vključil v svojo ponudbo šele potem, ko so bile podobne ponudbe že več kot leto dni na trgu brez kakršnihkoli negativnih posledic. Na osnovi takšnih ponudb je zavezanec presodil, da tovrstne ponudbe niso v nasprotju z določbami 203. člena ZEKom-1. Kot primer zavezanec izpostavlja primer storitve Deezer operaterja Telekom Slovenije, ki zaradi tehnične narave uporabe storitve (t.i. »streaming«) niti ne deluje, če bi hitrost prenosa podatkov bila upočasnjena na 64 kbit/s. Po vzoru ostalih operaterjev, ki so torej povsem primerljive storitve v trenutku lansiranja storitve Hangar mapa že ponujali, je svoje z vso potrebno skrbnostjo pričel ponujati tudi sam.

V nadaljevanju odgovora na poziv zavezanec vztraja, da prenosa podatkov, ki poteka za potrebe uporabe storitve Hangar mapa, ne obravnava neenakovredno, ta prenos poteka enako v primerjavi z vsemi ostalimi vsebinami, aplikacijami, storitvami, napravami, viri ali cilji komunikacije.

Zavezanec poudarja, da je v obrazložitvi predloga ZEKom-1, ko se je pričel zakonodajni postopek zapisano, da so v tretjem odstavku določena *»načela delovanja operaterjev za ohranitev nevtralnosti interneta«*, glede neposredne uporabe načel pa je zavezanec opozoril na sodbo sodišča št. I U

295/2015-26. Načel ne smemo in moremo enačiti s pravnimi pravili. Šele pravno pravilo kot zakonska določba je predmet pravne razlage glede na pravno pomembna dejstva, ki naj se po njem presojuje. Ob tem se zavezanec sprašuje, v kakšnem vidiku je agencija opredelila diskriminatorno dejanje v dotičnem primeru, saj določba tretjega odstavka 203. člena ne govori o kakršnikoli prepovedi diskriminatornega ravnanja.

Agencija je po mnenju zavezanca v ponovljenem postopku cenovno diskriminacijo, za katero je sodišče presodilo, da ne predstavlja kršitve 203. člena ZEKom-1, nadomestila z drugo vrsto diskriminacije (upočasnjevanje vsega internetnega prometa razen prometa, ustvarjenega s Hangar mapo). Zavezanec pa meni, da bi bila kršitev storjena, če bi upočasnjeval promet, povezan s storitvijo Hangar mapa, pri tem pa ne bi bili podani opravičljivi razlogi, kot so opredeljeni v tretjem odstavku 203. člena ZEKom-1. Zavezanec poudarja, da prometa, povezanega s storitvijo Hangar mapa, ni omejeval, zadrževal, upočasnjeval ali razvrednotil v kakršnikoli prepovedani obliki. Omejitev prenosa podatkov po določeni doseženi količini podatkov pa po mnenju zavezanca predstavlja izjemo, ki jo priznava tudi agencija. Ker tretji odstavek po mnenju zavezanca ne govori o diskriminatornem ravnanju, ki ga je v svoji obrazložitvi kršitve izpostavila agencija, zavezanec zahteva dodatna pojasnila.

Zavezanec se sklicuje na obrazložitev predloga ZEKom-1, ki se je sicer nanašala na cenovno ovrednotenje, ki je bilo v zakonodajnem postopku črtano iz zakona in torej ni in ne more biti uporabljeno: *»Storitve dostopa do interneta oziroma njihove cene se lahko razlikujejo po količini prenesenih podatkov (v mobilnih omrežjih) ali priključnih hitrostih dostopa do interneta«*. Po mnenju zavezanca to pomeni, da lahko pride do razlikovanja (tudi na ravni hitrosti).

Na očitek agencije, da je zavezanec diskriminiral internetni promet glede na uporabljeno storitev, ko je po doseženi (preseženi) mesečni količini zakupljenih podatkov ves internetni promet, razen tistega, ki je povezan z uporabo storitve Hangar mapa, upočasnjeval, zavezanec odgovarja, da zaradi časovne oddaljenosti ne razpolaga s podatki, ki bi to potrjevali ali pa zanikali. Tehnična izpeljava tovrstne storitve je mogoča tako na način, da se internetni promet za takšno storitev po dosegu zakupljene količine podatkov upočasni, kot tudi da se ne.

Zavezanec agenciji očita da ga s svojimi ravnanji omejuje v njegovih pravicah svobodne gospodarske pobude. Zavezanec očita agenciji tudi to, da ni izdala splošnega akta, ki bi ga po določbah šestega odstavka 203.člena ZEKom-1 lahko izdala. Zavezanec opozarja tudi na mnenje Javne agencije RS za varstvo konkurence (AVK), ki se nanaša na uporabo t.i. Zero rating storitev, to je storitev, za katere se ne zaračunava uporabljen internetni promet.

Zavezanec na koncu poudari še, da ne moremo govoriti o obstoju diskriminacije ob upoštevanju dejstva, da je uporabnik s ponudbo že vnaprej seznanjen in je jasno, da je v njegovi domeni odločitev, ali se bo s takšno ponudbo strinjal ali se bo odločil za kakšno drugo.

Ker je zavezanec v svojem odgovoru ugovarjal, da agencija v pozivu ni navedla, na katero obdobje se očitana domnevna kršitev nanaša in kljub temu, da je iz nadaljevanja odgovora zavezanca razvidno, da je svoj zagovor podal za pravo obdobje, je agencija v izogib kasnejšim nesporazumom ponovno

pozvala zavezanca k izjasnitvi, pri čemer je obdobje kršitve jasno navedla. Hkrati agencija v ponovnem pozivu zaradi očitane uporabe pojma »diskriminacija« le-tega kljub temu, da ga je uporabila zgolj kot pojasnilo k očitani kršitvi upočasnjevanja prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij, ni več uporabljala.

Agencija je na ponovni poziv na izjasnitev 19. 9. 2016 prejela pravočasen odgovor, v katerem zavezanec vse očitke ponovno zavrača in vztraja pri tem, da ni storil očitane kršitve zakona ter v celoti vztraja na utemeljitvi in obrazložitvi, ki jo je podal v prvem odgovoru z dne 24. 8. 2016. Dodatna pojasnila so po mnenju zavezanca nepotrebna, kljub temu pa zavezanec izpostavlja še Priporočilo o preprečevanju izredno visokih zneskov na računih končnih uporabnikov, ki v svoji IX. točki izrecno dovoljuje upočasnjevanje hitrosti prenosa podatkov.

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

Za pravilno razumevanje zakonskih določb o ohranitvi odprtega in nevtralnega značaja interneta je potrebno upoštevati pomen pojma *nevtralnost interneta*. ZEKom-1 ga v 37. točki 3. člena določa 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 načela nevtralnosti interneta iz 3. člena ZEKom-1 je v *enakovredni* obravnavi; obravnava kateregakoli internetnega prometa ne sme biti odvisna od vsebine, ki jo tak promet prenaša, uporabljene aplikacije oz. storitve ter naprave, vira ali cilja komunikacije. 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*«.

Prepoved kršitev načela nevtralnosti interneta ZEKom-1 se konkretizira v tretjem odstavku 203. člena, ki določa, da *si morajo operaterji omrežij in izvajalci storitev dostopa do interneta kar najbolj prizadevati 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 določenih izjem (nujni ukrepi za zagotavljanje nemotenega delovanja ter ohranjanje celovitosti omrežij in storitev, omejevanje neželenih komunikacij ter na podlagi odločbe sodišča)*. Enakovredna obravnava vsakega internetnega prometa, ne glede na vsebino, aplikacijo, storitev, napravo, vir in cilj komunikacije, tukaj se skriva tudi definicija internetnega prometa, ki po mnenju zavezanca ni jasna, 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.



Zavezanec je ob nastopu določenih pogojev (ko je uporabnik, ki je dosegel oz. presegel zakupljen mesečni limit podatkov), za prenos nekaterih vsebin oz. uporabo nekaterih storitev oz. aplikacij omejil hitrost prenosa podatkov, za druge – konkretno za prenos vsebin s storitvijo Hanger mapa pa ne. Uporabnikom, ki so presegli mesečni limit prenosa podatkov je zavezanec na hitrost 64 kbit/s upočasnjal ves internetni promet razen prometa, ustvarjenega s storitvijo Hanger mapa. S takšnim ukrepom selektivnega upočasnjevanja prometa pa je ob upoštevanju definicije nevtralnosti interneta ravnal v nasprotju z določbami tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1.

V ponovljenem postopku agencija v skladu z načelom zakonitosti odloča na podlagi konkretnega in zakonskega dejanskega stanja ob izdaji odpravljene odločbe, zato aktualno stanje za predmetni postopek ni relevantno.

Zavezanec je v svojem odgovoru večkrat komentiral tudi odločbo agencije št. 06101-813/2014, ker pa je sodišče to odločbo odpravilo, pravno ne obstaja več, zato ti komentarji zavezanca niso relevantni in agencija nanje ne odgovarja. Prav tako agencija ne odgovarja na navedbe zavezanca iz njegovega odgovora, ki se nanašajo na t.i. Zero rated storitve v povezavi s cenovno diskriminacijo, saj je agencija v celoti sledila napotkom sodišča in se s cenovno diskriminacijo v ponovljenem postopku ne ukvarja.

Tretji odstavek 203. člena ZEKom-1 v uvodnem delu res nalaga obligacijo prizadevanja operaterjev (*»operaterji... si kar najbolj prizadevajo za ohranitev odprtega in nevtralnega značaja interneta...«*), vendar v nadaljevanju popolnoma jasno konkretizira, na kakšen način morajo operaterji to obligacijo izpolniti (*»s tem da ne smejo omejevati, zadrževati ali upočasnjevati internetnega prometa na ravni posameznih storitev ali aplikacij ali izvajati ukrepov za njihovo razvrednotenje...«*). Zavezanec skuša jasno določeni pravni obligaciji sicer zmanjšati pomen s tem, ko navaja, da so v tretjem odstavku določena načela delovanja operaterjev za ohranitev nevtralnosti interneta, pozabi pa, da so ta načela v zakonu jasno izpeljana v pravno pravilo, ki pravi, da operaterji internetnega prometa ne smejo omejevati, zadrževati ali upočasnjevati na ravni posameznih storitev ali aplikacij. Zavezanec tega pravila, te obveznosti iz zakona ni spoštoval, saj je internetni promet za nekatere storitve ali aplikacije upočasnjeval, za druge (konkretno za Hanger mapo) pa ne. Dejstvo, da je zavezanec Hanger mapo vključil v svojo ponudbo šele, ko so podobne storitve že ponujali drugi operaterji, ga ne odvezuje spoštovanja zakonskih obveznosti.

Agencija zavezancu v ponovljenem postopku očita upočasnjevanje prometa na ravni posameznih storitev oz. aplikacij. Tretji odstavek 203. člena ZEKom-1 namreč tega ne dovoli, razen v določenih, taksativno naštetih izjemah. Med temi izjemami pa ni vnaprejšnje seznanjenosti končnih uporabnikov s takšnim (različnim glede na storitev oz. aplikacijo) upočasnjevanjem prometa, na katerega se v svojem odgovoru tudi sklicuje zavezanec.

Navedba zavezanca, da prometa, povezanega s storitvijo Hanger mapa, ni omejeval, zadrževal, upočasnjeval ali razvrednotil v kakršnikoli prepovedani obliki, drži in tega agencija zavezancu tudi nikoli ni očitala. Nasprotno, agencija mu očita, da je upočasnjeval ves preostali internetni promet,

prometa Hangar mape pa ne, s čemer je ravnal v nasprotju s tretjim odstavkom 203. člena ZEKom-1. Sama omejitev hitrosti prenosa podatkov (upočasnitev) po določeni doseženi količini podatkov tudi s stališča agencije ni (in nikoli ni bila) sporna, če takšna omejitev/upočasnitev ne temelji na posamezni storitvi oz. aplikaciji, kot to določa tretji odstavek.

Zavezanec se v svojem odgovoru sklicuje tudi na obrazložitev predloga ZEKom-1: »Storitve dostopa do interneta oziroma njihove cene se lahko razlikujejo po količini prenesenih podatkov (v mobilnih omrežjih) ali priključnih hitrostih dostopa do interneta«, po mnenju zavezanca pa to pomeni, da lahko pride do razlikovanja tudi na ravni hitrosti. Kot je ugotovil zavezanec že sam, se je ta obrazložitev v celoti nanašala na cenovno ovrednotenje, ki je bilo v poznejšem zakonodajnem postopku črtano iz predloga besedila zakona, zaradi česar je ni možno več uporabiti, in se je v celoti nanašala na del petega in ne tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1, katerega kršitev agencija zavezancu očita. Še posebej pa je nerazumljivo dejstvo, da je zavezanec obrazložitev, ki se je nanašala na cenovno razlikovanje, brez kakršnegakoli pojasnila povsem samovoljno razširil tudi na razlikovanje glede hitrosti.

Agencija je ponovno preučila vso ponudbo zavezanca v obdobju med 13. 8. 2014 in 24. 3. 2015 ter na podlagi dejstev in dokazov ugotovila, da je zavezanec vsem uporabnikom, ki so dosegli oz. presegli zakupljen mesečni limit podatkov, ves internetni promet razen prometa, ustvarjenega z uporabo storitve Hangar mapa, do konca mesečnega obračunskega obdobja upočasnjeval na hitrost 64 kbit/s. To dokazujejo nekatera v nadaljevanju predstavljena dejstva. Iz splošnih in posebnih pogojev ter cenika za uporabo storitev mobilne telefonije izhaja, da je zavezanec vsem uporabnikom, ki so dosegli oz. presegli mesečni limit prenosa podatkov, hitrost podatkov upočasnil na 64 kbit/s. To dejstvo, samo po sebi (in ob ustrezni transparentnosti do končnih uporabnikov) ni sporno ter ni v nasprotju z določbami ZEKom-1 (niti agencija tega ni nikoli trdila oz. zavezancu očitala), dokler takšno upočasnjevanje ne temelji na posameznih storitvah ali aplikacijah oziroma ne velja za ene storitve ali aplikacije, za druge pa ne. Iz posebnih pogojev za uporabo storitve Hangar mapa pa je razvidno, da je prenos podatkov, ki nastanejo ob uporabi te storitve, za uporabnika neomejen. V ceniku storitev v poglavju »Hangar mapa« zavezanec v tabeli z različnimi opcijami storitve Hangar mape v stolpec »prenos podatkov« ne postavlja nobenih omejitev, pač pa le zapiše »brezplačno«, medtem ko pri storitvah prenosa podatkov v različnih drugih paketih zavezanec opozarja na zmanjšanje hitrosti na 64kbit/s pri porabi podatkov nad zakupljeno količino (npr. paketi Mobilni internet, Mobilni internet Voyo, Mobilni internet Prestigio, Enkratni zakup, Neskončni in drugi), pri nekaterih paketih (npr. Simpl Kidz) pa do zmanjšanja hitrosti ne pride, pač pa se podatki nad vključeno količino obračunajo po veljavni tarifi (če stanje na predplačniškem računu to omogoča) oz. se prenos podatkov prekine (če je stanje pre nizko). V kolikor zavezanec res ne bi upočasnjeval hitrosti podatkov pri uporabi storitve Hangar mapa, potem bi to tako, kot je to storil pri vseh ostalih storitvah, paketih oz. opcijah, v ceniku tudi ustrezno označil. Res da predmet tega ponovljenega postopka ni več cena prenosa podatkov in agencija v tem postopku ne preverja zakonitosti (ne)obračunavanja podatkovnega prometa na temelju uporabljene storitve ali aplikacije, vendar oznaka »brezplačno« v rubriki »prenos podatkov« pomeni, da je prenos podatkov brezplačen, ne glede na preneseno količino podatkov,



hkrati pa odsotnost opozorila o upočasnjevanju prometa za Hangar mapo pomeni, da se ti podatki očitno vedno prenašajo po običajni, ne pa upočasnjeni hitrosti. Dodatno je na neupočasnjevanje podatkovnega prometa ob dosegu zakupljenega limit možno sklepati iz navedb na spletnih straneh, na katerih je zavezanec obdobju med 13. 8. 2014 in 24. 3. 2015 oglaševal in pojasnjeval storitev Hangar mapa. Agencija je za dodatno preveritev navedb zavezanca preko spletne strani <https://web.archive.org> preverila spletno stran <http://www.simobil.si/hangarmapa>, kot je bila na spletu objavljena 4. 11. 2014. Tako je zavezanec na tej spletni strani navajal, da *»bodo dokumenti vedno na dosegu roke«* ter *»Tako boste imeli svoje dokumente na voljo kadarkoli in kjerkoli.«*, kar pa bi težko trdili (vsaj za večje dokumente), če bi hitrost prenosa podatkov bila upočasnjena na 64 kbit/s. Dodatno to potrjuje navedba zavezanca na isti spletni strani: *»Hangar Mapa odlikujejo izredno visoke hitrosti pri nalaganju in prenašanju vaših datotek. Tako boste lahko dostopali do svojih dokumentov v le nekaj trenutkih.«* V rubriki »pogosta vprašanja« zavezanec navaja med drugim: *»...je hitrost nalaganja in prenašanja dokumentov znotraj storitve Hangar Mapa zelo visoka.«*, *»Hangar Mapa (Koofr) v primerjavi s ponudniki drugih podobnih storitev dosega eno izmed najvišjih hitrosti nalaganja in prenašanja podatkov. Točno določene stopnje hitrosti ne moremo določiti, saj je le-ta odvisna od mnogih dejavnikov (zmogljivost internetne povezave, dostopnost omrežja, ipd).«*, pri čemer zavezanec nikoli niti z besedo ne omeni možnosti zmanjševanja hitrosti oz. upočasnjevanja hitrosti prenosa podatkov za Hangar mapo. Tudi na vprašanje *»Zakaj trenutno ne morem dostopati do svoje Hangar Mape?«* zavezanec na tej spletni strani odgovarja: *»Dostop do Hangar Mape se onemogoči, kadar stranka zamuja s plačilom Si.mobilovih storitev. V kolikor imate poravnane vse obveznosti, se obrnite na naš klicni center 040 40 40 40 ali poiščite pomoč v najbližji Si.mobilovi poslovalnici.«* V kolikor bi zavezanec upočasnjeval hitrost prenosa podatkov za Hangar mapo, bi to v odgovoru na to vprašanje vsekakor moral navesti. Vse navedeno dokazuje, da zavezanec hitrosti prenosa podatkov za uporabo storitve Hangar mapa ni nikoli upočasnjeval (za razliko od hitrosti prenosa podatkov za ostale storitve ali aplikacije).

Tudi če bi drugi operaterji na trgu ponujali podobne storitve in na podoben način kršili določbe tretjega odstavka 203. člena ZEKom-1, ne pomeni, da je kršitev zakona dovoljena. V postopku inšpekcijskega nadzora agencija ne ugotavlja stopnje odgovornosti, pač pa ugotavlja morebitne nepravilnosti in nalaga njihovo odpravo.

Pristojnost, pa hkrati tudi dolžnost agencije je, da ugotavlja in odpravlja nepravilnosti pri delovanju ponudnikov na trgu. Prepovedi nadaljevanja kršenja določb ZEKom-1 zato ni možno šteti kot oviranje zavezanca pri njegovi svobodni gospodarski pobudi. Mnenje Javne agencije RS za varstvo konkurence, na katerega se zavezanec sklicuje, pa se nanaša izključno na (ne)obračunavanje storitev (na t.i. Zero rating storitve), kar pa, kot rečeno, ni predmet tega ponovljenega postopka.

Glede Priporočila o preprečevanju izredno visokih zneskov na računih končnih uporabnikov, ki v svoji IX. točki izrecno dovoljuje upočasnjevanje hitrosti prenosa podatkov agencija pojasnjuje, da tovrstno ravnanje ni sporno, dokler takšno upočasnjevanje hitrosti ne temelji na posameznih storitvah ali aplikacijah, česar s selektivno izbiro storitev, za katere se promet upočasnjuje, zavezanec ne spoštuje

in kar mu agencija v tem postopku tudi očita.

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

Po sodbi sodišča št. I U 295/2015-26 z dne 5. 7. 2016, s katero je bila izpodbijana odločba odpravljena, je sodišče zadevo vrnilo agenciji v ponovni postopek. V ponovljenem postopku agencija skladno z načelom zakonitosti odloča o dejanskem in s tem tudi pravnem stanju ob izdaji v upravnem sporu odpravljene odločbe o inšpekcijskem nadzoru, kar pomeni, da upošteva določila ZEKom-1 in njegovo ureditev o nevtralnosti interneta (pri čemer ni nepomembno dejstvo, da se Zakon o elektronskih komunikacijah v tem času ni spreminjal – niti relevantni 203. člen niti 37. točka 3. člena). Je pa bila v tem času sprejeta in uveljavljena nova Uredba (EU) 2015/2120 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2015 o določitvi ukrepov v zvezi z dostopom do odprtega interneta in spremembi Direktive 2002/22/ES o univerzalni storitvi in pravicah uporabnikov v zvezi z elektronskimi komunikacijskimi omrežji in storitvami ter Uredbe (EU) št. 531/2012 o gostovanju v javnih mobilnih komunikacijskih omrežjih v Uniji, ki se v relevantnem delu (njen 3. člen) uporablja od 30. aprila 2016 dalje. Tudi v 3. členu predmetne Uredbe je določeno, da ponudniki storitev dostopa do interneta pri zagotavljanju storitev dostopa do interneta ves promet obravnavajo enako, brez diskriminacije, omejevanja ali motenja ne glede na vsebino, do katere se dostopa, ali ki se razširja, aplikacije ali storitve, ki se uporabljajo oziroma zagotavljajo. Nadalje so v tretjem odstavku 3. člena Uredbe določene tudi izjeme od tega splošnega pravila, in sicer kot ukrepi za razumno upravljanje prometa, vendar pa te izjeme v nobenem pogoju ne dopuščajo tovrstne diskriminacije (omejevanja) kot se očita zavezancu v tem postopku v zvezi s storitvijo Hangar mapa – torej neenake obravnave preostalega internetnega prometa napram prometu, ki izvira iz uporabe te storitve, zgolj na podlagi vsebine oziroma storitve, ki se zagotavlja.

Čeprav zavezanec z aktualno ponudbo ne krši več določb 203. člena ZEKom-1, to ne vpliva na dejstvo, da mora agencija skladno s sodbo št. I U 295/2015-26 z dne 5. 7. 2016 odločiti o zakonitosti ravnanja zavezanca ter odprt upravni postopek (inšpekcijski postopek nadzora) v skladu z določbami ZUP tudi zaključiti. Sama odprava nepravilnosti s strani zavezanca predstavlja novo dejansko stanje, ki pri ponovnem odločanju ni upoštevano, saj, kot že rečeno, agencija odloča glede dejanskega stanja in nalaga odpravo ugotovljenih nepravilnosti, ki so obstajale ob izdaji odpravljene 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.

Agencija zavezancu ni naložila konkretnega načina odprave ugotovljenih nepravilnosti, pač je zavezancu pustila izbiro, ali bo po izrabi mesečnega limita hitrost prenosa podatkov omejil za ves internetni promet enako ali pa hitrosti sploh ne bo omejil za noben internetni promet ne glede na

uporabljen storitev oz. aplikacijo.

Glede na to je mogoče zaključiti, da naloženi ukrepi predstavljajo primeren in sorazmeren ukrep za preprečitev nadaljnjih nepravilnosti.

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 drugi 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 izvirniku, 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.



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