

Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 ze dne 25. listopadu 2015, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu a mění směrnice 2002/22/ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací a nařízení (EU) č. 531/2012 o roamingu ve veřejných mobilních komunikačních sítích v Unii (dále jen „Nařízení 2015/2120“).

Podle čl. 288 věty druhé a třetí Smlouvy o fungování Evropské Unie má nařízení přijaté orgány Unie obecnou působnost a je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech.

Podle článku 3 odst. 1 Nařízení 2015/2120 mají „koncoví uživatelé právo na přístup k informacím a obsahu a jejich šíření, využívání a poskytování aplikací a služeb a využívání koncového zařízení podle svého vlastního výběru bez ohledu na polohu koncového uživatele nebo poskytovatele či polohu, původ nebo určení dané informace, obsahu, aplikace nebo služby, a to prostřednictvím své služby přístupu k internetu“. V souladu s odst. 2 tohoto článku pak k omezení výkonu těchto práv nesmí vést ani dohody o obchodních a technických podmínkách a vlastnostech služeb přístupu k internetu uzavřené mezi poskytovateli služeb a koncovými uživateli ani jiné obchodní praktiky poskytovatelů služeb přístupu k internetu. Článek 3 odst. 3 Nařízení 2015/2120 dále ukládá poskytovatelům služeb přístupu k internetu, aby při poskytování těchto služeb nakládali „s veškerým provozem stejně, bez diskriminace, omezení nebo narušování a bez ohledu na odesílatele a příjemce, na obsah, ke kterému se přistupuje, nebo který se šíří, na používané či poskytované aplikace nebo služby a na použité koncové zařízení“.

Dle článku 4 tohoto nařízení jsou poskytovatelé služeb přístupu k internetu povinni zajistit, aby smlouva o poskytování služeb elektronických komunikací, jejíž součástí je i poskytování služby přístupu k internetu, obsahovala alespoň informace specifikované v odstavci 1 tohoto článku včetně „vysvětlení toho, jaký praktický dopad mohou mít případná omezení objemu dat, rychlost či jiné parametry kvality služby na služby přístupu k internetu“, „jaký praktický dopad by mohly mít služby uvedené v čl. 3 odst. 5 (dále jen jako „specializované služby“), které si koncový uživatel objedná na služby přístupu k internetu poskytované těmto koncovému uživateli“, „jaká je (...) běžně dostupná (...) rychlost stahování a vkládání u služeb přístupu k internetu v případě pevných sítí nebo jaká je odhadovaná maximální (...) rychlost stahování a vkládání u služeb přístupu k internetu v případě mobilních sítí, a toho, jaký dopad by mohly mít velké odchylky od inzerované rychlosti stahování nebo vkládání na výkon práv koncových uživatelů stanovených v článku 3 odst. 1 Nařízení 2015/2120“. Tyto údaje musí být vždy vysvětleny jasnou a srozumitelnou formou, rychlosti stahování a odesílání dat pak musí být navíc vymezeny tak, aby ve smlouvě uvedených hodnot mohl koncový uživatel skutečně dosáhnout. Článek 4 odst. 3 Nařízení 2015/2120 pak stanoví, že požadavky na obsah smlouvy o poskytování služeb elektronických komunikací, která zahrnuje i služby přístupu k internetu, stanovené v odst. 1 a 2 tohoto článku doplňuje podstatné náležitosti smluv o poskytování služeb elektronických komunikací stanovené článkem 20 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES ze dne 7. března 2002 o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (dále jen „směrnice o univerzální službě“). Toto ustanovení směrnice o univerzální službě bylo do českého právního řádu transponováno § 63 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích, který v písm. c) poskytovatelům veřejně dostupné služby elektronických komunikací ukládá, uvádět v účastnických smlouvách popis poskytované služby, včetně informace o minimální nabízené a minimální zaručené úrovni kvality poskytované služby.

Dle § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích může správní orgán podnikateli poskytujícímu veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nebo zajišťujícímu připojení k veřejné komunikační síti uložit rozhodnutím, aby provedl změnu smlouvy nebo jejího zveřejněného návrhu pro veřejně dostupnou službu elektronických komunikací nebo pro zajištění připojení k veřejné komunikační síti, jsou-li v rozporu s tímto zákonem, nebo

prováděcími právními předpisy k tomuto zákonu, nebo v rozporu se zákonem obsahujícím pravidla ochrany spotřebitele, a to z důvodu nekalých, klamavých nebo agresivních obchodních praktik či z důvodu diskriminace spotřebitele.

Správní orgán v rámci prověřování zjistil, že Ceník, [redacted] Mobilní hlasová služba, [redacted] Mobilní internetové připojení, základní a volitelné služby, Paušální tarify, platný od 15. 6. 2017, obsahuje ujednání, která účastníkům tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kúl, Kúl data S, Kúl data 1 GB, Kúl data M, Kúl data 2 GB, Kúl data L a Kúl data XL umožňuje až do 31. května 2018 využívat hudební službu Spotify, aniž by data, spotřebovaná v souvislosti s jejím užíváním, byla započítávána do jimi objednaného datového objemu. Na jiné aplikace či služby se tato praktika nevztahuje. Službu Spotify je navíc možné, a to za stále stejných podmínek, využívat i tehdy, pokud koncový uživatel vyčerpal svůj datový objem a z tohoto důvodu nemá současně přístup k jiným aplikacím, službám a obsahu dostupným prostřednictvím sítě internet.

V případě služby Internet Optimal Air pak bylo možné využívat přístup k síti internet i po dosažení stanoveného datového objemu. Datový provoz však byl v této situaci rozdělen do několika skupin, které se odlišovaly rychlostí přenosu dat. Zatímco tedy prohlížení webových stránek (provozovaných na protokolu http) či datové přenosy uskutečněné v souvislosti s využíváním elektronické pošty (e-mail) probíhaly za stejných podmínek jako před vyčerpáním sjednaného datového objemu, u jiných typů datových přenosů byla rychlost stahování a odesílání dat výrazně zpomalena.

Výše popsané jednání společnosti [redacted] zakládá dle správního orgánu důvodné podezření z porušení čl. 3 odst. 1, 2 a 3 Nařízení 2015/2120.

Podezření z rozporu s Nařízením 2015/2120, konkrétně čl. 4 odst. 1 písm. b), c) a d) a tím i § 63 odst. 1 písm. c) zákona o elektronických komunikacích správní orgán shledal rovněž v tom, že ve smlouvách o poskytování služeb přístupu k síti internet nebyly vymezeny dopady omezení objemu dat, smluvně stanovených parametrů kvality ani současného využívání tzv. specializovaných služeb na služby přístupu k síti internet. Dále účastník řízení ve smlouvách o poskytování služeb přístupu k internetu prostřednictvím pevných sítí jasně nevymezoval minimální rychlost stahování a odesílání dat. Ve smlouvách o poskytování přístupu k internetu prostřednictvím pevných sítí, které byly uzavřeny do 28. února 2017, rovněž nebylo jasně a srozumitelně specifikováno, jakých hodnot může nabývat běžně dostupná rychlost stahování a odesílání dat. Smlouvy o poskytování přístupu k síti internet prostřednictvím technologie ADSL, uzavřené od 1. března 2017, pak neuváděly ani hodnoty inzerované a maximální rychlosti přenosu dat. Vymezení odhadované maximální rychlosti ve smlouvách o poskytování přístupu k internetu prostřednictvím mobilních sítí pak správní orgán shledal jako nesrozumitelné.

Z těchto důvodů zahájil správní orgán dne 26. června 2017 se společností [redacted] [redacted] se sídlem [redacted] IČ: [redacted] (dále jen „[redacted] nebo „účastník řízení“) správní řízení ve věci uložení povinnosti ke změně smluvních podmínek dle § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích, a to pro podezření pro jejich rozpor s § 63 odst. 1 tohoto zákona a současně čl. 4 odst. 1 písm. b), c) d) Nařízením 2015/2120 a dále čl. 3 odst. 1 Nařízením 2015/2120.

Dne 1. srpna 2017 obdržel Úřad vyjádření společnosti [redacted] ve správním řízení, ve kterém tato společnost deklarovala svou připravenost provést na základě rozhodnutí správního orgánu změny smluvních podmínek, tak aby byly uvedeny do souladu s čl. 4 odst. 1 Nařízením 2015/2120, resp. aby bylo odstraněno rozdílné zacházení s datovým provozem, k němuž docházelo do vyčerpání datového limitu u služby Internet Optimal Air. Připojeny byly i návrhy konkrétních změn. U služby Spotify společnost [redacted] navrhla provedení opatření, v jehož

důsledku by využívání této služby nebylo po dosažení datového limitu (nedojde-li k jeho navýšení) možné. Tímto opatřením by bylo podle účastníka řízení „zabráněno diskriminaci částí datového provozu při jeho řízení v síti“.

Dne 8. srpna 2017 pak společnost [redacted] využila svého práva nahlédnout do správního spisu, žádné další vyjádření ke správnímu řízení ale v jeho rámci neposkytla.

Následně správní orgán v souladu s § 140 odst. 3 správního řádu usnesením vyloučil k samostatnému rozhodnutí otázku uložení povinnosti ke změně smluvních podmínek upravujících užívání služby Spotify ze společného řízení, a to z důvodu nutnosti provedení rozsáhlejšího důkazního řízení k této otázce, které by svou délkou neúměrně zpomalilo již zahájené správní řízení. O tomto usnesení byl dne 14. srpna 2017 učiněn záznam do správního spisu, následně byl informován i účastník řízení. Řízení o uložení povinnosti ke změně smluvních podmínek upravujících užívání služby Internet Optimal Air a dalších služeb přístupu k síti internet bylo ukončeno vydáním rozhodnutí, doručeného společností [redacted] dne 30. listopadu 2017. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 18. prosince 2017.

Usnesením doručeným účastníkovi řízení dne 22. srpna 2017 do jeho datové schránky správní orgán uložil dle ustanovení § 53 správního řádu společnosti [redacted] aby ve lhůtě do 15. září 2017 předložila správnímu orgánu dokumenty zachycující počet účastníků každého z tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kúl, Kúl data S, Kúl data 1 GB, Kúl data M, Kúl data 2 GB, Kúl data L a Kúl data XL, tj. těch, jejichž účastníci mohou využívat služby Spotify aniž by byl s tím související datový provoz započítáván do sjednaného datového objemu.

Správním orgánem požadované informace byly účastníkem řízení poskytnuty dne 5. září 2017. Kromě údajů o počtech účastníků jednotlivých tarifů (ke dni [redacted] sdělila společnost [redacted] správnímu orgánu rovněž, kolik z nich využívá k uvedenému datu službu Spotify, a to ať už v její bezplatné verzi (Spotify Free) nebo ve verzi zpoplatněné formou 30denního předplatného (Spotify Premium). Dále byl ze strany společnosti [redacted] upřesněn výčet tarifů, při jejich využívání spolu se službou Spotify nedochází k započítávání dat čerpaných v rámci užívání této služby do účastníkem sjednaného datového objemu. Tarif označený „Kúl data S“, který byl v Ceníku základních a volitelných služeb, [redacted] Mobilní hlasová služba, [redacted] Mobilní internetové připojení, Paušální tarify, v tomto výčtu uveden, nebyl, dle vyjádření účastníka řízení, společností [redacted] nikdy nabízen. Zmínění tohoto tarifu v souvislosti se službou Spotify tedy bylo pouhou písařskou chybou.

Dne 29. ledna 2018 informoval správní orgán účastníka řízení, že již shromáždil dostatek podkladů pro vydání rozhodnutí a současně jej opětovně poučil o jeho právu nahlédnout do správního spisu, vyjádřit se ke shromážděným podkladům i ke způsobu jejich zjištění a případně navrhnout jejich doplnění.

Svého práva nahlédnout do správního spisu využila společnost [redacted] dne 1. února 2018. V rámci nahlédnutí do spisu si společnost [redacted] vyhradila právo se ke shromážděným podkladům dodatečně v písemné formě vyjádřit, a to nejpozději do 15. února 2018.

Vyjádření se k podkladům před vydáním rozhodnutí obdržel správní orgán od společnosti [redacted] dne 14. února 2018. Ve svém vyjádření účastník řízení zejména:

1. Upozornil na skutečnost, že 60denní lhůta již, dle předchozích zkušeností účastníka řízení, Český telekomunikační úřad obvykle stanoví pro splnění povinnosti ke změně smluvních podmínek uložené na základě § 63 odst. 5 zákona o elektronických komunikacích, by byla v tomto případě nepřiměřeně krátká. Toto své tvrzení účastník řízení odůvodnil zejména vysokým počtem účastníků tarifů, u nichž nedochází

k započítávání dat čerpaných v rámci užívání služby Spotify do sjednaného datového objemu [redacted] a povinností vyplývajících z § 63 odst. 6 zákona o elektronických komunikacích, tj. informovat účastníky o změně smluvních podmínek způsobem, který si zvolili pro zaslání vyúčtování, a to nejméně 1 měsíc před nabytím účinností této změny.

2. Vyjádřil pochybnosti o efektivitě rozhodnutí, které by mohlo být správním orgánem ve věci vydáno. Z podmínek poskytování služby Spotify vyplývá dle společnosti [redacted] závazek, provádět tzv. zero-rating (tj. nezapočítávání dat spotřebovaných v souvislosti se službou Spotify do datového objemu) pouze do konce května roku 2018. Po tomto termínu nebude společnost [redacted] dle svého vyjádření, tuto praxi uplatňovat ani nebude zmíněný závazek obnovovat. Z tohoto není dle účastníka řízení „účelné ukládat společnosti [redacted] povinnost změnit smlouvu na posledních několik dnů trvání tohoto závazku a na dobu po uplynutí tohoto závazku bude výrok o změně smlouvy bezpředmětný“.
3. Uvedl, že „ve spisu vedeném v řízení nejsou obsaženy důkazy pro závěr, že se společnost [redacted] u služby Spotify dopustila porušení povinností vyplývajících z Nařízení (EU) 2015/2120 (...), tvrzených Úřadem“. Zejména dle účastníka řízení chybí „jakákoliv analýza konkrétních dopadů poskytování služby Spotify za aktuálních podmínek na účastníky využívající tuto službu a na poskytovatele obdobných hudebních streamingových aplikací jako Spotify.“

Správní orgán zakládá dle mínění společnosti [redacted] své podezření z rozporu s Nařízením (EU) 2015/2120, a to konkrétně možné omezení výkonu práv koncových uživatelů na přístup k otevřenému internetu a porušení povinností nakládat s veškerým provozem stejně, pouze z toho, že u vybraných tarifů nejsou data přenesená při poskytování služby Spotify započítávána do datového objemu. Dle mínění společnosti [redacted] je však nezbytné rovněž zkoumat, zda a v jakém rozsahu způsobuje praktika nezapočítávání dat přenesených aplikací Spotify do datových objemů u vybraných tarifů reálné omezení účastníků při volbě aplikací a služeb a dále reálné dopady této praktiky na konkurenty poskytující obdobné aplikace jako Spotify. Analýza těchto dopadů však není součástí podkladů, které byly správním orgánem shromážděny. Z informací, které jsou ve spisu obsaženy, nelze, dle názoru účastníka řízení, vyvodit, že by docházelo k omezení výkonu práva účastníků na svobodný výběr využívání a poskytování obsahu a služeb. Naopak, skutečnost, že službu Spotify mělo ke dni [redacted] aktivováno [redacted] účastníků, na které se vztahuje praktika nezapočítávání čerpaných dat do datového objemu, ukazuje dle účastníka řízení na to, že podíl a význam služby Spotify nabízené společností [redacted] na relevantním trhu je poměrně nízký, což ve svém důsledku značí jen nevýznamné ovlivnění práv koncových uživatelů.

Zachování možnosti volby jiných aplikací a služeb (resp. to, že nedochází k jejich reálnému omezení) účastník řízení dále vyvozuje i z toho, že praktika zero-ratingu je společností [redacted] uplatňována u celkem 18 různých tarifů, přičemž datové objemy u některých z nich dosahují i několika desítek gigabajtů (tj. objemu, který je dle účastníka řízení dostatečný i pro používání jiných aplikací a služeb, včetně jiných hudebních streamingových aplikací než Spotify). Jediné omezení účastníků při využívání jiných aplikací a služeb dostupných prostřednictvím sítě internet představuje dle společnosti [redacted] jimi zvolený tarif a datový objem, který k němu přísluší. Nezapočítávání dat spotřebovaných v rámci užívání Spotify naopak možnost volby koncových uživatelů spíše rozšiřuje, a to tím, že „šetří“ jimi doposud nevyužitý datový objem.

Zohlednění postavení poskytovatele služeb přístupu k internetu na trhu, stejně jako postavení dotčených poskytovatelů obsahu, aplikací a služeb a reálných dopadů praktiky zero-ratingu na koncové uživatele a na poskytovatele obsahu a aplikací vyžadují dle vyjádření společnosti [redacted] rovněž Pokyny BEREC k provádění evropských pravidel síťové neutrality vnitrostátními orgány.

Jelikož však podklady shromážděné správním orgánem takového posouzení dle účastníka řízení neumožňují, navrhla společnost [REDAKCE] provedení dalšího důkazu, ta to konkrétně „analýzy, zda a jakém rozsahu praktika nezapočítávání dat přenesených aplikací Spotify do datových objemů u vybraných tarifů způsobuje u účastníků [REDAKCE] reálné omezení jejich svobodné volby aplikací a služeb využívajících přístup k internetu a jaké jsou reálné dopady na poskytovatele takových aplikací a služeb, zejména aplikací streamované hudby konkurenčních vůči Spotify.“

K jednotlivým tvrzením účastníka řízení správní orgán uvádí následující:

Ad 1. + 2.

Správní orgán si je dobře vědom toho, že lhůta pro splnění povinnosti uložené jeho rozhodnutím musí splňovat podmínku přiměřenosti. Nepřiměřenost této lhůty ostatně může být účastníkem řízení namítána i v rámci podaného opravného prostředku. Lhůtu 60 dnů pro provedení změny smluvních podmínek a informování zákazníků však správní orgán považuje za zcela dostatečnou, a to bez ohledu na počet účastníků, kteří musí být o této změně informováni.

Správní orgán rovněž nemá k dispozici žádné podklady, které by tvrzení účastníka řízení, že uplatňování zero-ratingu na službu Spotify nebude po 31. květnu 2018 pokračovat, potvrzovaly. Ustanovení Ceníku, dle kterého je nezapočítávání dat čerpaných v rámci služby Spotify do datového objemu časově omezeno, není neměnné. Jak je navíc správnímu orgánu známo z jeho úřední činnosti, společnost [REDAKCE] přistupuje ke změnám smluvních dokumentů relativně často. Za těchto okolností by nevydání rozhodnutí ve věci, a to i přesto, že je správní orgán přesvědčen o rozporu této praktiky s právními předpisy, představovalo porušení povinnosti uložené Úřadu v čl. 5 odst. 1 tohoto nařízení, tj. zajišťovat dodržování článků 3 a 4 Nařízení (EU) 2015/2120 a podporovat neustálou dostupnost nediskriminačních služeb přístupu k internetu.

Ad. 3.

Správní řízení bylo se společností [REDAKCE] zahájeno pro podezření, že podmínky jí nabízené služby Spotify, které účastníkům vybraných tarifů umožňují využívat stejnojmennou hudební streamovací službu, aniž by data spotřebovaná při jejím používání byla započítána do sjednaného datového objemu, může vést k omezení práva koncových uživatelů na přístup k otevřenému internetu. Tato praktika, jak správně uvádí účastník řízení, naplňuje definici tzv. zero-ratingu, tj. „účtování nulové ceny za datový provoz související s konkrétní aplikací nebo kategorií aplikací (přičemž data se nezapočítávají do žádného limitu platného u služby přístupu k internetu)¹. Uplatňování zero-ratingu není, jako takové, právními předpisy zakázáno, jedná se však o praktiku, která je z pohledu práv stanovených čl. 3 odst. 1 Nařízením (EU) 2015/2120 považována za poměrně problematickou. V důsledku zero-ratingu totiž prakticky vždy dochází k ekonomickému ovlivňování koncových uživatelů ve prospěch aplikace, služby či jejich kategorie, na kterou je zero-rating uplatňován. Tato praktika je navíc často doprovázena i nějakou formou opatření řízení datového provozu či jiného omezení dalších aplikací a služeb dostupných prostřednictvím internetu, což může za určitých okolností vést k omezení práva na přístup k otevřenému internetu.

Vzhledem k tomu, že praktika zero-ratingu může nabývat řady forem, s různými dopady na koncové uživatele a otevřený internet, resp. práva koncových uživatelů chráněná Nařízením (EU) 2015/2120, vymezují Pokyny BEREC pro provádění evropských pravidel síťové neutrality vnitrostátními regulačními orgány (dále také jen „Pokyny BEREC“) celou řadu

¹ Pokyny BEREC pro provádění evropských pravidel síťové neutrality vnitrostátními regulačními orgány, vydané dne 30. srpna 2016, bod 40.

faktorů, k nimž by při posuzování praktik zero-ratingu mělo být regulačními orgány přihlíženo. Neznamená to však, že je nutné zohlednit v každém případě (uplatňování zero-ratingu) všechny zde uvedené faktory. Naopak, regulační orgány si musí při posuzování, zda jsou práva koncových uživatelů zachována, z uvedeného obecného výčtu vybrat takové faktory, které jsou, zejména s ohledem na konkrétní formu zero-ratingu, pro daný případ relevantní.

Služba Spotify nabízená společností [redacted] koncovým uživatelům umožňuje využívat prostřednictvím mobilní služby přístupu k síti internet hudební streamovací službu Spotify. Platí, že je-li služba Spotify objednána účastníkem některého z předem vymezených tarifů (tj. FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kúl, Kúl data 1 GB, Kúl data M, Kúl data 2 GB, Kúl data L, Kúl data XL – dále také jako „dotčené tarify“ či „zvýhodněné tarify“) nabízených společností [redacted] nedochází k započítávání dat čerpaných při využívání hudební služby Spotify do datového objemu. Hudební službu Spotify je pak rovněž možné využívat i tehdy, byl-li datový objem účastníka stanovený pro tyto zvýhodněné tarify vyčerpán.

Jak tedy jednoznačně vyplývá ze shromážděných podkladů, v důsledku objednání si služby Spotify mohou účastníci výše zmíněných tarifů využívat mobilní službu přístupu k internetu i po dosažení datového objemu. Služba přístupu k internetu je však v tomto případě omezena pouze na využívání hudební služby Spotify, jiné aplikace, služby či obsah nejsou dostupné. Za těchto okolností tedy nejenom, že dochází k omezení práva těchto koncových uživatelů na svobodný výběr aplikací, služeb a obsahu dostupných prostřednictvím sítě internet, ale možnost volby, tj. výběru z několika možností, je zcela vyloučena a omezena pouze na využití služby Spotify.

Vzhledem k charakteru praktiky užívané společností [redacted] tedy nepovažuje správní orgán provedení podrobné analýzy chování koncových uživatelů ani dopadu této praktiky na poskytovatele konkurenčních aplikací a služeb jako je Spotify za nezbytné. Tuto skutečnost ostatně potvrzují i Pokyny BEREC pro provádění evropských pravidel síťové neutrality evropskými regulačními orgány, resp. samotné Nařízení (EU) 2015/2120. Konkrétně body 17, 37, 38 a 55 Pokynů BEREC stanoví, že omezení přístupu k některým aplikacím, službám či obsahu či naopak umožnění přístupu pouze na předem vymezenou část internetu (a to ať už prostřednictvím technických opatření či smluvního zákazu využívat některé služby) by mělo představovat porušení čl. 3 odst. 1, čl. 3 odst. 2 a čl. 3 odst. 3 Nařízení (EU) 2015/2120. Totéž pak vyplývá z bodu 11 preambule Nařízení 2015/2120, který uvádí, že „konkrétní obsah, aplikace a služby, jakož i jejich konkrétní kategorie, by měly být chráněny, protože jejich blokování či jiná omezující opatření, která nespádají pod odůvodněné výjimky, by měla nepřiznivý dopad na možnost volby pro koncové uživatele a možné inovace“. Žádosti účastníka řízení o provedení dalšího důkazu ve správním řízení, a to konkrétně „analýzy, zda a jakém rozsahu praktika nezapočítávání dat přenesených aplikací Spotify do datových objemů u vybraných tarifů způsobuje u účastníků [redacted] reálné omezení jejich svobodné volby aplikací a služeb využívajících přístup k internetu a jaké jsou reálné dopady na poskytovatele takových aplikací a služeb, zejména aplikací streamované hudby konkurenčních vůči Spotify“, tedy správní orgán nevyhověl.

Povinnost regulačního orgánu zohlednit při prověřování praktiky zero-ratingu vždy i postavení poskytovatelů služeb přístupu k internetu na trhu a postavení dotčených poskytovatelů obsahu, aplikací a služeb nevyplývá, v rozporu s tvrzením účastníka řízení, ani z bodu 7 preambule Nařízení (EU) 2015/2120. Pomineme-li skutečnost, že preambule unijních aktů není právně závazná², je účel tohoto ustanovení nutné vykládat s ohledem

² Viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 19. listopadu 1998, Trestní řízení proti Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren a Solweig Arbom, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce: Helsingborgs tingsrätt – Švédsko,

na celý jeho obsah a nikoliv jen, jako to činí účastník řízení, jedné jeho věty vytržené z kontextu. Jak z textu tohoto bodu jasně plyne, zohlednění postavení poskytovatelů přístupu k internetu a dotčených poskytovatelů obsahu by regulační orgány měly učinit v situaci, kdy k podstatnému omezení možnosti volby (aplikací, služeb či obsahu dostupného prostřednictvím sítě internet) koncových uživatelů dochází z důvodu rozsahu obchodních praktik užívaných poskytovatelem služeb přístupu k internetu či rozsahu dohod upravujících u poskytované služby přístupu k internetu dostupné objemy přenesených dat a rychlosti jejich přenosu, nikoliv tedy u každého podezření z porušení čl. 3 odst. 1 Nařízení (EU) 2015/2120. K zohlednění postavení těchto subjektů na trhu tedy dochází zejména v situaci, kdy ekonomická motivace koncových uživatelů k využívání těch aplikací a služeb, na které je zero-rating uplatňován, v kombinaci s tržní silou poskytovatele přístupu k internetu, resp. poskytovatelů těchto aplikací a služeb, může vést k omezení stávající nabídky aplikací a služeb dostupných prostřednictvím sítě internet na trhu anebo k vytvoření bariér pro vstup nových aplikací a služeb na daný trh, popř. odrazovat od vývoje nových aplikací. V této souvislosti správní orgán dále podotýká, že přestože v průběhu správního řízení podrobně neanalyzoval postavení společnosti [redacted] na trhu služeb přístupu k internetu ani pozici poskytovatele služby Spotify, má k dispozici informace o počtu účastníků jednotlivých tarifů, na které se zvýhodnění hudební služby Spotify vztahuje a současně i informace o počtu účastníků těchto tarifů, kteří toto zvýhodnění skutečně využívají. S ohledem na okolnosti případu jsou tato data dle mínění správního orgánu pro posouzení dopadů praktiky zero-ratingu uplatňované společností [redacted] významnější, než je postavení této společnosti na trhu internetových služeb.

Právědčit nelze ani dalším tvrzením účastníka řízení. Ze skutečnosti, že společnost [redacted] nabízí zvýhodnění spočívající v nezapočítávání dat čerpaných při užívání hudební služby Spotify do datového objemu u relativně vysokého počtu tarifů (18), lišících se datovým objemem, mezi kterými si účastníci, slovy společnosti [redacted] „mohou zvolit“ i takový, jehož datový objem je dostatečný i pro používání jiných hudebních streamovacích aplikací, než je Spotify, nelze v žádném případě vyvozovat, že popsaná praktika vede pouze k nevýznamnému ovlivnění práv koncových uživatelů na přístup k otevřenému internetu. Podle čl. 3 odst. 1 Nařízení (EU) 2015/2120 mají mít koncoví uživatelé právo na přístup k informacím a obsahu a jejich šíření, využívání a poskytování aplikací a služeb a využívání koncového zařízení podle svého vlastního výběru bez ohledu na polohu koncového uživatele nebo poskytovatele či polohu, původ nebo určení dané informace, obsahu, aplikace nebo služby, a to prostřednictvím své služby přístupu k internetu. Jinými slovy, přístup k otevřenému internetu musí být zajištěn bez ohledu na tarif, který má účastník s poskytovatelem služeb přístupu k internetu sjednat, a to pouze s přihlédnutím k datovému objemu a rychlostem přenosu dat, které jsou pro tento tarif určeny. Nelze tedy argumentovat tím, že pokud by si koncový účastník vybral jiný tarif, k omezení jeho práva na přístup k otevřenému internetu by nedošlo.

Na základě výše uvedených skutečností tak správní orgán po provedeném řízení dospěl k následujícím skutkovým závěrům.

Služba Spotify je službou nabízenou společností [redacted] která umožňuje účastníkům, kteří si objednají, možnost využívat za určitých zvýhodněných podmínek hudební službu Spotify, tj. službu dostupnou prostřednictvím sítě internet, určenou ke streamování vybraných hudebních skladeb.

Mezi tyto zvýhodněné podmínky patří zejména možnost účastníků tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE

C-162/97, EU:C:1998:554, bod 54 nebo rozsudek Soudního dvora ze dne 28. června 2012, Fabio Caronna, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunale di Palermo, C-7/11, EU:C 2012:396, bod 40.

EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kůl, Kůl data 1 GB, Kůl data M, Kůl data 2 GB, Kůl data L, Kůl data XL, využívat až do 31. května 2018 hudební službu Spotify, aniž by u takto vzniklých datových spojení docházelo k čerpání jednotek z jejich základního datového objemu. Současně je těmto účastníkům až do 31. května 2018 dovoleno, aby hudební službu Spotify využívali i poté, co je jimi sjednaný datový objem vyčerpán. Datový objem je přitom množství dat, které může účastník v zúčtovacím období čerpat. Jakmile dojde k jeho vyčerpání, je poskytování datových služeb účastníkovi až do konce zúčtovacího přerušeno.

Ke dni [REDAKCE] bylo toto zvýhodnění nabízeno celkem [REDAKCE] účastníkům, službu Spotify nabízenou společností [REDAKCE] mělo k tomuto datu aktivováno [REDAKCE] účastníků uvedených tarifů.

Uvedený skutkový stav správní orgán zjistil zejména z Ceníků základních a volitelných služeb, [REDAKCE] Mobilní hlasová služba, [REDAKCE] Mobilní internetové připojení, Paušální tarify, informací uvedených na webových stránkách společnosti [REDAKCE] věnovaných jí nabízené službě Spotify – tj. [www.\[REDAKCE\]](http://www.[REDAKCE]) a informací o počtu účastníků s tarify FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kůl, Kůl data 1 GB, Kůl data M, Kůl data 2 GB, Kůl data L, Kůl data XL a počtu těch z nich, kteří měli současně aktivovanu službu Spotify, poskytnutých správnímu orgánu účastníkem řízení, a to na základě jeho usnesení ze dne 22. srpna 2017.

Přestože v době od zahájení tohoto správního řízení do vydání rozhodnutí došlo k několika změnám znění Ceníků (ke dni zahájení správního řízení označovaného jako Ceník základních služeb, [REDAKCE] Mobilní hlasová služba, [REDAKCE] Mobilní internetové připojení, Paušální tarify), znění smluvních podmínek služby Spotify nedoznalo po dobu vedení správního řízení změn. Z tohoto důvodu správní orgán nezařadil žádné znění Ceníků, které bylo po dobu vedení správního řízení společností [REDAKCE] zveřejněno, do podkladů pro vydání správního rozhodnutí.

Uvedený skutkový stav správní orgán právně posoudil následovně:

Dle článku 3 odst. 1 Nařízení (EU) 2015/2120 mají koncoví uživatelé „právo na přístup k informacím a obsahu a jejich šíření, využívání a poskytování aplikací a služeb a využívání koncového zařízení podle svého vlastního výběru bez ohledu na polohu koncového uživatele nebo poskytovatele či polohu, původ nebo určení dané informace, obsahu, aplikace nebo služby, a to prostřednictvím své služby přístupu k internetu“. V souladu s odstavcem 2 tohoto článku nesmí být výkon těchto práv omezen obchodními praktikami poskytovatelů služeb přístupu k internetu ani dohodami mezi nimi a koncovými uživateli o obchodních a technických podmínkách a vlastnostech služeb přístupu k internetu.

Článek 3 odst. 3 Nařízení (EU) 2015/2120 pak vyžaduje, nejedná-li se o tzv. přiměřené opatření řízení datového provozu, aby poskytovatelé služeb přístupu k internetu nakládali „při poskytování služeb přístupu k internetu s veškerým provozem stejně, bez diskriminace, omezení či narušování, bez ohledu na odesílatele a příjemce, na obsah, ke kterému se přistupuje nebo který se šíří, na používané či poskytované aplikace nebo služby nebo na použité koncové zařízení“. Zejména je zakázáno „blokovat, zpomalovat, měnit, omezovat, narušovat, zhoršovat nebo diskriminovat konkrétní obsah, aplikace nebo služby nebo jejich konkrétní kategorie“. Tyto praktiky je možné uplatňovat pouze je-li to nezbytné, na nezbytně nutnou dobu a jen za účelem výslovně vymezeným v Nařízení (EU) 2015/2120.

Při aplikaci Nařízení (EU) 2015/2120 dále správní orgán, v souladu s § 108 odst. 3 zákona o elektronických komunikacích, vychází rovněž z Pokynů BEREC k provádění evropských pravidel síťové neutrality vnitrostátními regulačními orgány. Jejich účelem je poskytnout regulačním orgánům jednotlivých členských států (EU) návod a doporučení k provádění povinností jim stanovených Nařízením (EU) 2015/2120, tj. zejména monitorovat a zajistit

dodržování pravidel rovného a nediskriminačního nakládání s provozem při poskytování služeb přístupu k internetu a souvisejících práv koncových uživatelů stanovených v článku 3 a 4 tohoto nařízení.

Jak tedy vyplývá ze shromážděných podkladů, objednání si služby Spotify má pro účastníky tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kúl, Kúl data 1 GB, Kúl data M, Kúl data 2 GB, Kúl data L, Kúl data XL v zásadě dvojitý efekt. Prvním z nich je možnost využívat hudební streamovací službu Spotify, aniž by jim byla účtována cena za takto spotřebovaná data, tedy v neomezeném objemu, zatímco využívání ostatních aplikací, služeb či obsahu dostupných prostřednictvím sítě internet je vždy omezeno, a to sjednaným datovým limitem. Druhým důsledkem pak je možnost využívat hudební službu Spotify i po vyčerpání sjednaného datového limitu, tedy v době, kdy by poskytování datových služeb mělo být účastníkovi přerušeno. Jinými slovy, služba Spotify účastníkům výše uvedených tarifů umožňuje využívat službu přístupu k internetu i po vyčerpání datového objemu, avšak nikoliv v plném rozsahu, nýbrž pouze v omezené podobě, umožňující výhradně přístup k hudební službě Spotify. Přístup k ostatním aplikacím, službám či obsahu dostupným prostřednictvím sítě internet je, v souladu s ustanovením Ceníku základních a volitelných služeb, () Mobilní hlasová služba, () Mobilní internetové připojení, Paušální tarify, i nadále blokován.

Poskytování datových služeb tak, že je přístup k některým aplikacím, službám či obsahu dostupným prostřednictvím sítě internet znemožněn, resp., že je umožněn přístup pouze k předem vymezené části internetu (např. určitým webovým stránkám či aplikacím) a jakýkoliv další obsah, aplikace či služby je blokován či jinak omezen, je však čl. 3 odst. 3, první a třetí pododstavec, Nařízení (EU) 2015/2120 zakázáno. Výjimku z tohoto zákazu představuje pouze takové jednání poskytovatele služby přístupu k internetu, jehož cílem je zabránit hrozícímu přetížení sítě či zmírnění účinků výjimečného nebo dočasného přetížení, zachování integrity a bezpečnosti sítě, služeb prostřednictvím jí poskytovaných a koncových zařízení koncových uživatelů nebo dodržení unijních či národních právních předpisů či opatření k jejich provedení, a to včetně rozhodnutí soudů či jiných orgánů veřejné moci s příslušnou pravomocí. Pro uplatnění výjimky je dále nutné, aby bylo omezování či blokování určitých aplikací, služeb či obsahu k dosažení některého z uvedených cílů nezbytné, aby bylo uplatňováno pouze po nezbytně nutnou dobu a v případě opatření přijatých z důvodu přímo hrozícího přetížení sítě či za účelem zmírnění účinků výjimečného nebo dočasného přetížení rovněž, aby bylo s rovnocennými kategoriemi datového provozu nakládáno stejně.

Jak je však z podmínek služby Spotify nabízené společností () zřejmé, nejsou kritéria pro uplatnění výjimky ze zákazu stanoveného čl. 3 odst. 3 Nařízení (EU) 2015/2120 v tomto případě splněna. Již sama skutečnost, že po vyčerpání datového objemu jsou umožněny pouze datové přenosy související s hudební službou Spotify, zatímco všechny ostatní aplikace, služby či obsah dostupné prostřednictvím internetu jsou blokovány, totiž vylučuje, že by cílem tohoto jednání byl některý z výše uvedených důvodů pro aplikaci výjimky. Tento závěr dále potvrzuje i to, že zvýhodnění hudební služby Spotify je nabízeno pouze účastníkům některých, předem určených, tarifů. Hudební služba Spotify je navíc společností () tímto způsobem zvýhodňována dlouhodobě, nikoliv až v reakci na nějakou mimořádnou událost jako je možné přetížení či ohrožení bezpečnosti a integrity sítě.

Blokování určitých aplikací, služeb či obsahu, stejně jako umožnění přístupu pouze k určité, předem vymezené části internetu, ke kterým dochází v rozporu s čl. 3 odst. 3 Nařízení (EU) 2015/2120, však má rovněž negativní dopady na výkon práva koncových uživatelů zaručených čl. 3 odst. 1 tohoto nařízení. Uvedeným jednáním totiž dochází k protiprávnímu omezení práva koncových uživatelů na přístup k otevřenému internetu, tj. práva využívat prostřednictvím jim poskytované služby přístupu k internetu aplikace a služby dle jejich výběru, resp. mít přístup k jimi vybranému obsahu a informacím. Tento důsledek porušení čl. 3 odst. 3 Nařízení (EU) 2015/2120, k němuž dochází znemožněním přístupu k určité části internetu, ostatně

potvrzuje i bod 11 preambule tohoto nařízení, který uvádí, že „konkrétní obsah, aplikace a služby, jakož i jejich konkrétní kategorie, by měly být chráněny, protože jejich blokování či jiná omezující opatření, která nespádají pod odůvodněné výjimky, by měla nepříznivý dopad na možnost volby pro koncové uživatele a možné inovace.“ Totéž pak vyplývá i z Pokynů BEREC k provádění evropských pravidel síťové neutrality vnitrostátními regulačními orgány, a to zejména bodu 17, 37 a 55.

V případě služby Spotify poskytované společností [redacted] je tedy účastníkům tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kùl, Kùl data 1 GB, Kùl data M, Kùl data 2 GB, Kùl data L, Kùl data XL umožněno využívat po vyčerpání sjednaného datového limitu pouze hudební službu Spotify. Ostatní datové přenosy, nesouvisející s hudební službou Spotify, jsou po vyčerpání datového objemu blokovány, což koncovým uživatelům zcela znemožňuje zvolit si jinou službu či aplikaci, než je hudební služba Spotify, stejně jako přístup k veškerému dalšímu obsahu dostupnému prostřednictvím sítě internet. S ohledem tyto skutečnosti má tedy správní orgán za prokázané, že toto jednání společností [redacted] představuje porušení čl. 3 odst. 3 první a třetí pododstavec, čl. 3 odst. 1 a jelikož toto omezení přístupu k otevřenému internetu navíc vyplývá z obchodních podmínek služby Spotify (tj. z dohody o vlastnostech této služby uzavírané mezi společností [redacted] a účastníky), pak rovněž i porušení čl. 3 odst. 2 Nařízení (EU) 2015/2120.

V souvislosti s poskytováním služby Spotify nabízené společností [redacted] se správní orgán rovněž zabýval tím, zda k omezení výkonu práva na přístup k otevřenému internetu nedochází i před vyčerpáním datového objemu, a to v důsledku nezaplatňování dat čerpaných účastníky tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, Kùl, Kùl data 1 GB, Kùl data M, Kùl data 2 GB, Kùl data L, Kùl data XL při užívání hudební služby Spotify.

Správní orgán má za nepochybné, že toto ekonomické zvýhodnění hudební služby Spotify oproti ostatním aplikacím a službám ovlivňuje chování koncových uživatelů při využívání jejich služby přístupu k internetu. Pouhé ovlivnění jejich volby aplikací a služeb však není v rozporu s Nařízením (EU) 2015/2120. Zakázána je taková forma zero-ratingu, která vede k omezení či ohrožení práv koncových uživatelů. Nesmí tedy docházet k situaci, kdy je v důsledku uplatňování zero-ratingu omezen rozsah a různorodost obsahu, aplikací a služeb, které si mohou uživatelé služby přístupu k internetu zvolit, resp. kdy uživatelé (přestože rozsah aplikací a služeb teoreticky omezen není) nemají fakticky jinou možnost či motivaci než si vybrat takový obsah, aplikaci či službu, na kterou je zero-rating uplatňován. Současně by praktika zero-ratingu neměla vést k omezení nabídky aplikací a služeb na daném trhu ani k vytvoření bariér pro vstup nových aplikací na trhu či jejich vývoj.

Ze shromážděných podkladů však nevyplývá, že ekonomické zvýhodnění hudební služby Spotify, k němuž dochází před vyčerpáním datového objemu, k těmto důsledkům vedlo. Využívání jiných aplikací a služeb, než je hudební služba Spotify, není v této situaci nijak technicky či smluvně omezováno a u všech tarifů, u nichž je služba Spotify nabízena, je zachována reálná možnost využívat i jiné aplikace či služby (samozřejmě s omezeními plynoucími z podmínek příslušného tarifu). Dle informací poskytnutých správnímu orgánu účastníkem řízení bylo navíc zvýhodnění hudební služby Spotify k [redacted] reálně využíváno [redacted] účastníky. S ohledem na tyto údaje má tedy správní orgán za to, že praktika zero-ratingu uplatňovaná společností [redacted] není způsobilá odrazovat od vývoje nových aplikací či služeb dostupných prostřednictvím sítě internet ani omezit nabídku těchto aplikací a služeb aktuálně dostupnou na českém trhu, a i to přes významné postavení, které účastník řízení jinak zaujímá na trhu internetových služeb v České republice, resp. skutečnost, že služba Spotify patří mezi přední světové služby určené pro streamování hudby.

S ohledem výše uvedené skutečnosti tedy správní orgán ukládá účastníkovi řízení povinnost uvedenou ve l. výroku tohoto rozhodnutí, tj. změnit návrh smlouvy o poskytování služby Spotify a všechny smlouvy o poskytování této služby uzavřené s účastníky tarifů FREE 1,5 GB, FREE CZ data L, FREE CZ data 5 GB, FREE CZ data XL, FREE 10 GB, FREE 20 GB, FREE EU, FREE EU data L, FREE EU data XL, FREE EU Plus, FREE EU Plus data XL, FREE 6 GB, KÚl, KÚl data 1 GB, KÚl data M, KÚl data 2 GB, KÚl data L, KÚl data XL tak, aby po vyčerpání sjednaného datového objemu nebyl uživateli této služby nabízen přístup k síti internet v omezené podobě, umožňující přístup pouze k hudební službě Spotify.

Jelikož účastník řízení vyvolal správní řízení porušením své právní povinnosti, uložil mu správní orgán povinnost nahradit náklady řízení výše uvedenou paušální částkou, podle vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze ve lhůtě 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k Předsedovi rady Českého telekomunikačního úřadu, a to v počtu dvou stejnopisů na adresu Český telekomunikační úřad, odbor kontroly a ochrany spotřebitele, poštovní příhrádka 02, 225 02 Praha 025, nebo do datové schránky Českého telekomunikačního úřadu: a9qaats, anebo na adresu podatelna@ctu.cz za předpokladu, že účastník řízení disponuje uznávaným elektronickým podpisem.

Otisk úředního razítka

Ing. Miroslav Charbuský v.r.
ředitel odboru
kontroly a ochrany spotřebitele

Za správnost vyhotovení:

██████████
████████████████████