internetowy
# KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY
6(4)
2015
SERIA REGULACYJNA

- Regulacje sektorowe a prawo konkurencji na przykładzie telekomunikacji
- Czy w dyskusji o separacji funkcjonalnej telekomunikacja może skorzystać z doświadczeń kolei?
- Neutralność sieciowa
- Forma umowy o dostępie telekomunikacyjnym i konsekwencje jej niezachowania
- Prawne warunki stosowania cookies
- Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego
- Wybrane aspekty odpowiedzialności karnoadministracyjnej w Prawie pocztowym

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
UNIWERSYTET WARSZAWSKI WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

6(4)
2015

63. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl
e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl
e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,
ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl
e-mail: elipsa@elipsa.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

1. Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.
2. Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; EBOR) – wiceprzewodniczący.
3. Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.
4. Doc. dr **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
5. Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
6. Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.
7. Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.
8. Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.
9. Prof. dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
10. Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
11. Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.
12. Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – członek.
13. Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.
14. Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.
15. Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
16. Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN) – członek.
17. Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.
18. Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – członek.
19. Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
20. Dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
21. Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM; sędzia NSA) – członek.
22. Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.
23. Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego; członek Zarządu T-Mobile) – członek.
24. Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
25. Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz docent w Instytucje Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.
26. Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
27. Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
28. Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; poseł na Sejm RP) – członek.

Kolegium Redakcyjne

1. Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz red. tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; adresy mailowe: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. stacj.: (22) 55.34.012.; tel. kom.: 604.759.706.
2. Dr hab. **Anna Fornalczyk** (COMPER) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz red. tematyczny ds. pomocy publicznej; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.
3. Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór na „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; adresy mailowe: piątek@wz.uw.edu.pl; piatek@supermedia.pl; tel. kom.: 601.214.611.
4. Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@wz.uw.edu.pl; tel. kom.: 602.245.591.
5. Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. wdrażania reguł konkurencji; adres mailowy: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. stacj.: (22) 55.34.126.
6. Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor jednego numeru „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej; adres mailowy: mczg@interia.pl; tel. kom.: 601.482.488.
7. **Łukasz Gołąb** (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji w sektorze transportu; adres mailowy: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom.: 664.257.487.
8. Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania) – redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej" oraz redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. kom.: 501.060.776.
9. Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.
10. Dr hab. **Anna Piszcz** (adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. ochrony konsumentów prawa ochrony konkurencji zagranicą; adres mailowy: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom.: 608.777.236.
11. Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; adres mailowy: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom.: 502.031.389.

Spis treści

15 lat działalności organu regulacyjnego w telekomunikacji
(od redaktora prowadzącego) 6

Artykuły

Daria Kostecka-Jurczyk, **Regulacje sektorowe a prawo konkurencji na przykładzie telekomunikacji** 8

Marcin Król, **Czy w dyskusji o separacji funkcjonalnej telekomunikacja może skorzystać z doświadczeń kolei?** 18

Andrzej Nałęcz, **Neutralność sieciowa**. 26

Ewa Galewska, **Forma umowy o dostępie telekomunikacyjnym i konsekwencje jej niezachowania** 44

Stanisław Piątek, **Prawne warunki stosowania cookies**. 49

Łukasz Pirożek, **Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego** 73

Mariusz Czyżak, **Wybrane aspekty odpowiedzialności karnoadministracyjnej w Prawie pocztowym** 83

Przegląd prawa i orzecznictwa

Orzeczenia sądów powszechnych w sprawach telekomunikacji – 2014
(Ewa M. Kwiatkowska) 95

Orzeczenia sądów administracyjnych w sprawach telekomunikacji – 2014
(Andrzej Nałęcz) 103

Wniesienie pisma za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej.
Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 24 lutego 2015 r. IV SAB/Wr 17/15 (Paweł Chmieliński) 118

Postępowanie konsolidacyjne a wpływ decyzji na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi UE.
Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. C-3/14 (Tadeusz Piątek). 128

Przegląd piśmiennictwa

Maciej Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w Prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji*, Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2015, ss. 132 (Marcin Rafalski). 133

Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2014, ss. 145 (Mateusz Kabut) 135

Sprawozdania

Sprawozdanie z uroczystości wręczenia Nagrody CARS 2015 (regulacyjnej), Warszawa, 16 lipca 2015 r. (Ilona Szwedziak-Bork) 138

Aktualne problemy regulacji prokonkurencyjnej i prokonsumenckiej w sektorach infrastrukturalnych. Panel Regulatorów, Warszawa, 16 lipca 2015 r. (Ilona Szwedziak-Bork) 140

Contents, summaries and key words 144

15 lat działalności organu regulacyjnego w telekomunikacji
(od redaktora prowadzącego)

W roku 2015 przypada 15. rocznica utworzenia Urzędu Regulacji Telekomunikacji. Prezes URT przejął pewną część kompetencji ministra właściwego do spraw łączności oraz zadania istniejących wówczas organów kontrolnych w postaci Państwowej Agencji Radiokomunikacyjnej oraz Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztowej. Zmiany te zostały wprowadzone ustawą z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne. W latach późniejszych, po poszerzeniu zakresu zadań i odpowiedzialności, ustanowiono Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty, a ostatecznie w roku 2006 powstał Urząd Komunikacji Elektronicznej. Prezes UKE zrealizował w kolejnych latach bardzo ambitny program wdrożenia ram regulacyjnych Unii Europejskiej określonych w dyrektywach o łączności elektronicznej z 2002 roku. Program ten, którego realizacja nie była wolna od trudności i sporów, doprowadził do ogromnych zmian na polskim rynku telekomunikacyjnym, podniósł jego konkurencyjność oraz przyniósł wiele korzyści użytkownikom usług telekomunikacyjnych. Wiele tych procesów i zmian było analizowanych w opracowaniach publikowanych na naszych łamach. Publikację niniejszego numeru „internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego", podobnie jak wcześniejszych numerów poświęconych zagadnieniom sektora telekomunikacji, wspiera Urząd Komunikacji Elektronicznej.

Dwa artykuły zamieszczone w tym numerze dotyczą zagadnień wykraczających poza tematykę regulacji sektorowej. Artykuł Darii Kosteckiej-Jurczyk ukazuje zależności pomiędzy regulacjami sektorowymi w telekomunikacji a wykorzystaniem prawa ochrony konkurencji w tym sektorze. Jest to ujęcie nawiązujące do pełnego profilu tematycznego kwartalnika, który łączy w sobie zagadnienia regulacyjne z antymonopolowymi. Poza ramy sektora telekomunikacyjnego wykracza również artykuł Marcina Króla, który ocenia czy w dyskusji o separacji funkcjonalnej telekomunikacja może skorzystać z doświadczeń sektora kolejowego. Wprawdzie kwestia separacji funkcjonalnej nie jest obecnie przedmiotem prac regulatora, ale nie wygasły uwarunkowania rynkowe, technologiczne i ekonomiczne, które mogą spowodować powrót do dyskusji nad tym zagadnieniem. Artykuł Andrzeja Nałęcza poświęcony zasadzie neutralności sieci dotyczy jednej z najważniejszych kwestii dyskutowanej obecnie przez organy odpowiadające za regulację telekomunikacji, a także przez użytkowników telekomunikacji. Wymóg jednakowego traktowania wszystkich przekazów w sieci Internet, niezależnie od treści, wykorzystanej aplikacji lub usługi, urządzenia oraz adresu nadawcy i odbiorcy, ma ogromny wpływ na możliwości świadczenia różnych usług przez dostawców dostępu do Internetu oraz realizacji przez nich modeli biznesowych zakładających większy udział użytkowników usług w finansowaniu rozwoju sieci. Z kolei, artykuł Ewy Galewskiej dotyczy relacji międzyoperatorskich i koncentruje się na zagadnieniu wymogów dotyczących formy umowy o dostępie telekomunikacyjnym, która jest podstawowym dokumentem organizującym współpracę między operatorami sieci telekomunikacyjnych. Opracowanie Stanisława Piątka poświęcone prawnym warunkom stosowania cookies ukazuje problemy

związane ze stosowaniem tej i podobnych technologii przy świadczeniu usług telekomunikacyjnych oraz usług świadczonych drogą elektroniczną. Poza analizą przepisów krajowych, artykuł uwzględnia interpretacje i praktykę wypracowaną na poziomie unijnym oraz w niektórych innych państwach członkowskich UE. Rozszerzanie palety usług towarzyszących klasycznym usługom telekomunikacyjnym aktualizuje zagadnienie relacji prawnych między tymi dodatkowymi usługami a reżimem prawnym działalności telekomunikacyjnej. Artykuł Łukasza Pirożka poświęcony jest prawnym aspektom świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a w szczególności temu czy usługi te należy traktować jako usługi telekomunikacyjne. Ostatnia pozycja artykułowa – opracowanie Mariusza Czyżaka – dotyczy sektora pocztowego, który również należy do zakresu odpowiedzialności Prezesa UKE. Artykuł omawia wybrane aspekty odpowiedzialności karnoadministracyjnej w prawie pocztowym.

Podobnie jak we wcześniejszych numerach poświęconych zagadnieniom telekomunikacyjnym, publikujemy wykazy orzecznictwa sądów powszechnych i sądów administracyjnych w sprawach telekomunikacyjnych przygotowane przez Ewę M. Kwiatkowską oraz Andrzeja Nałęcza, glosy poświęcone orzecznictwu telekomunikacyjnemu przygotowane przez Tadeusza Piątka oraz Pawła Chmielińskiego, a także recenzje książek z tego zakresu przygotowane przez Mateusza Kabuta i Marcina Rafalskiego. Tradycyjnie informujemy również o wydarzeniach naukowych związanych z regulacją sektorową. W roku 2015 po raz pierwszy przyznana została Nagroda CARS za książkę z zakresu problematyki regulacyjnej. Nagrodę tę otrzymał dr Jan Walulik za pracę pt. *Reforma regulacyjna. Przykład transportu lotniczego* (EuroPrawo, Warszawa 2013). Przedstawiamy również przebieg Panelu Regulatorów dotyczącego aktualnych problemów regulacji prokonkurencyjnej i prokonsumenckiej w sektorach infrastrukturalnych. O wydarzeniach tych pisze Ilona Szwedziak-Bork.

Warszawa, dnia 30 września 2015 r.

Stanisław Piątek

Daria Kostecka-Jurczyk*

Regulacje sektorowe a prawo konkurencji na przykładzie telekomunikacji

Spis treści

I. Wstęp
II. Obowiązki regulacyjne a prawo konkurencji
1. Asymetryczny obowiązek dostępu
2. Symetryczny obowiązek dostępu
III. Zarządzanie częstotliwościami a reguły konkurencji
IV. Podział sieci a ograniczenie konkurencji
V. Relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi
VI. Konkluzje

Streszczenie

W artykule podjęto próbę ukazania dualnej struktury normatywnej, w której osadzone są sektory infrastrukturalne. Opracowanie koncentruje się na rynku telekomunikacyjnym. Głównym obszarem analizy jest istota prawa konkurencji w kontekście obowiązków regulacyjnych nakładanych na operatorów telekomunikacyjnych, zarządzania częstotliwościami radiowymi i podziału sieci. Celem artykułu nie jest wyczerpujące omówienie powyższych unormowań, a jedynie zarysowanie istoty prawa konkurencji w zakresie regulacji tytułowego sektora.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; regulacje sektorowe; telekomunikacja; obowiązki regulacyjne; prawo konkurencji.

I. Wstęp

Zarówno prawo konkurencji, jak i regulacje sektorów infrastrukturalnych mają ogromny wpływ na skuteczne funkcjonowanie rynków regulowanych. Prawo konkurencji zawiera poniekąd instrumenty wspomagające regulacje sektorowe, które mają na celu zapewnienie sprawnego działania mechanizmów rynkowych. Często uzupełnia ono nadzór regulacyjny. Ta dualna struktura normatywna w sektorach infrastrukturalnych budzi jednak wątpliwości. Istnieje bowiem ryzyko konfliktów natury instytucjonalnej i materialnej[1]. Należy zwrócić uwagę, że prawo konkurencji służy wzmocnieniu systemu rynkowego, natomiast regulacje sektorowe mogą osiągnięcie tego celu utrudnić[2].

* Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: dkj@prawo.uni.wroc.pl.

1 A. Heimler, *Is a Margin Squeeze an Antitrust or Regulatory Violation?*, „Journal of Competition Law & Economics" 2010, No. 4, s. 879 i n.; G. Monti, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, „Competiton Law Review" 2008, No. 2, s. 123.

2 D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*, „Journal of Competition Law and Economics" 2005, No. 2, s. 360–364.

Obejmują one głównie trzy kluczowe elementy funkcjonowania rynku: ceny, wielkość podaży i wejście lub wyjście z rynku. Często mają także wpływ na inne aspekty. Przykładowo, wymóg zapewnienia obligatoryjnego dostępu do infrastruktury, zwykle wynikający z regulacji sektorowych, wymusza uruchomienie narzędzi mieszczących się w obrębie prawa antymonopolowego, gdyż przedsiębiorcy mogą podejmować próby ograniczenia dostępu, m.in. poprzez nadmiernie wygórowane ceny za korzystanie z sieci. Dlatego też istotne jest pytanie o rolę prawa konkurencji na tle obowiązków regulacyjnych nakładanych na operatorów telekomunikacyjnych.

II. Obowiązki regulacyjne a prawo konkurencji

Obowiązki regulacyjne nakładane są na operatorów telekomunikacyjnych zarówno na rynku hurtowym, jak i detalicznym. Pierwsze z nich mają na celu zapewnienie konkurencji na rynku, drugie natomiast mają służyć ochronie użytkowników końcowych[3]. Zakłócenie konkurencji na rynku detalicznym często jest skutkiem braku rywalizacji między przedsiębiorcami na rynku hurtowym[4]. Ograniczenia regulacyjne tworzą asymetrię po stronie tradycyjnych operatorów i innych podmiotów na rynku telekomunikacyjnym (np. producenci aparatów telefonicznych, dostawcy treści i oprogramowania). Przykładem takich ograniczeń są obowiązki operatorów, będące wynikiem regulacji rynku[5]. Można je podzielić na asymetryczne (nie są skierowane do wszystkich podmiotów) i symetryczne (obowiązujące wszystkich operatorów).

1. Asymetryczny obowiązek dostępu

Obowiązki asymetryczne są nakładane przez krajowe organy regulacyjne na operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową. Obejmują one m.in. wymogi odnośnie do rozdzielenia księgowości, niedyskryminacji, kosztów księgowości i kontroli cen[6]. Należy zwrócić uwagę, że przynajmniej jeden z takich obowiązków musi być nałożony, jeśli operator został zakwalifikowany do posiadających znaczny udział w rynku[7]. Ramy regulacyjne z 2009 r.[8] jeszcze bardziej poszerzyły zakres tych obowiązków, np. przewidują one, że wertykalnie zintegrowany operator posiadający znaczącą pozycję na rynku powinien zapewnić dostęp do swojej infrastruktury niezależnemu przedsiębiorcy[9].

[3] D. Adamski, *Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych*, [w:] S. Piątek (red.), *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 238.

[4] E. Galewska, *Rynki łączy dzierżawionych,* [w:] S. Piątek, (red.), *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*…, s. 66.

[5] E.M. Kwiatkowska, I. Cieślak, *Działalność regulacyjna Prezesa UKE a konkurencyjność i sytuacja finansowa przedsiębiorstw na przykładzie Grupy TP*, „Management and Business Administration. Central Europe" 2014, No. 3, s. 57–59.

[6] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z 07.03.2002 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa), Dz. Urz. 2002, Nr L 108/33; Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. L 108/21 (dalej: dyrektywa o zezwoleniach); Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń, Dz. Urz. L 108/7 (dalej: dyrektywa o dostępie); Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, Dz. Urz. L 108/51 (dalej: dyrektywa o usłudze powszechnej); Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej, Dz. Urz. L 201/37 (dalej: ramy regulacyjne z 2002 r.) zmieniona dyrektywą 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009; Art. 8 Dyrektywy w sprawie dostępu i art. 16 dyrektywy ramowej; art. 24 ustawy z dnia 16.07.2004 – Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.; S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 324–337.

[7] Art. 8 Dyrektywy w sprawie dostępu.

[8] Dyrektywa 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników odnośnie do sieci komunikacji elektronicznej i usług, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej i Rozporządzenie Nr 2006/2004 w sprawie kooperacji między krajowymi organami ochrony konsumenta, Dz. Urz. L 337/52; Dyrektywa 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25.10.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń i 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. L 337/52 (razem stanowią ramy regulacyjne z 2009 r.).

[9] Art. 13 (a) Dyrektywy Ramowej zmienionej dyrektywą 2009/140/WE. Art. 13 (b) przewiduje możliwość dobrowolnego rozdzielenia funkcjonalnego.

Asymetryczny obowiązek dostępu został oparty na wypracowanej w prawie konkurencji doktrynie urządzeń kluczowych (*essential facilities*). Dotyczy to sytuacji, gdy istnieje nałożony na dominującego przedsiębiorcę obowiązek współpracy lub kontynuowania współpracy z jego klientami, który w pewnych okolicznościach zakazuje dominującemu przedsiębiorcy odmowy dostępu do takich urządzeń[10]. Istotne jest w tym, aby rozróżnić sytuację, gdy dominujący przedsiębiorca odmawia współpracy z istniejącymi klientami i sytuację, w której przedsiębiorca ten decyduje się na odmowę dostępu do urządzeń kluczowych, tzn. do posiadanych rzadkich zasobów lub urządzeń, których nie można powielić (m.in. łącza telekomunikacyjne)[11].

Aby umożliwić wejście nowego operatora telekomunikacyjnego i pobudzić konkurencję na rynku świadczenia usług dla użytkowników końcowych, regulacje sektorowe przewidują zasady niedyskryminacji w hurtowym dostępie do infrastruktury zasiedziałych monopolistów. Obowiązek przedsiębiorców posiadających znaczącą pozycję rynkową do udostępniania urządzeń kluczowych nie jest jednak wystarczający do osiągnięcia celów polityki regulacyjnej.

Z punktu widzenia nowego gracza wchodzącego na rynek, hurtowe ceny dostępu stanowią egzogeniczny czynnik. Istotny jest poziom cen pobieranych od użytkowników końcowych, gdyż to może wpływać na jego zyski. Zintegrowany wertykalnie operator może próbować zniechęcić konkurenta do wejścia na rynek przez podwyższenie cen na rynku hurtowym i/lub obniżenie cen na rynku detalicznym, co uczyni obowiązek zapewnienia dostępu do urządzeń telekomunikacyjnych mało skutecznym narzędziem. Potwierdza to m.in. decyzja Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) w sprawie *Deutsche Telekom*[12] i *Telefónica*[13].

W 2003 r. Komisja nałożyła karę pieniężną na Deutsche Telekom, byłego państwowego monopolistę telekomunikacyjnego w Niemczech za stosowanie nożyc kosztowo-cenowych między hurtowymi cenami dostępu do lokalnej pętli i miesięcznych abonamentowych opłat za usługi telekomunikacyjne i Internet[14]. Zarówno ceny hurtowe, jak i detaliczne, choć w różnym zakresie, były regulowane przez krajowe organy regulacyjne. Komisja wskazała, że mimo to Deutsche Telekom naruszył art. 102 TFUE, ponieważ jego zadaniem było uniknięcie nożyc poprzez zmianę wysokości opłat na rynku detalicznym[15]. Decyzja ta została utrzymana w całości przez Sąd Generalny i TSUE.

W 2007 r. Komisja Europejska stwierdziła, że hiszpańska spółka Telefónica nadużyła pozycji dominującej poprzez nożyce kosztowo-cenowe w oparciu o różnicę w cenach hurtowych dostępu ADSL (asymetryczna cyfrowa linia abonencka) na poziomie krajowym i regionalnym oraz w cenach detalicznych szerokopasmowego dostępu do Internetu[16]. Ceny sprzedaży hurtowej na poziomie regionalnym zostały uznane przez krajowy organ regulacyjny za maksymalne. Komisja stwierdziła, że system regulacyjny nie wykluczał możliwości uniknięcia nożyc przez Telefónica. Mianowicie, mogła ona zaproponować niższe ceny hurtowego dostępu na poziomie krajowym dla konkurentów i skłonić krajowy organ regulacyjny do obniżenia cen dostępu hurtowego na poziome regionalnym[17].

[10] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 215–232.

[11] Zob. np. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2012 w sprawie RWR 44/2012.

[12] Decyzja Komisji z dnia 21.05.2003 w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG*, Dz. Urz. 2003, Nr L 263/9.

[13] Decyzja Komisji z dnia 04.07.2007 w sprawie Nr COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica*, Dz. Urz. 2008, Nr C 83/6.

[14] Decyzja Komisji z dnia 21.05.2003 w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG*…, pkt 163–175.

[15] Ibidem, pkt 163–175.

[16] Decyzja Komisji z dnia 04.07.2007 w sprawie Nr COMP/38.784 *Wanadoo España przeciwko Telefónica*…

[17] Ibidem, pkt 21.

W praktyce wiele problemów związanych z nożycami kosztowo-cenowymi następuje na skutek systemu regulacji. Nożyce nie zawsze są wynikiem zachowań wertykalnie zintegrowanych przedsiębiorców. Mogą one być konsekwencją decyzji podejmowanych przez regulatora. Z tego względu obowiązek zapewnienia dostępu zwykle wymaga pewnych regulacji cenowych, zapobiegających m.in. tworzeniu nożyc kosztowo-cenowych przez wertykalnie zintegrowanych operatorów telekomunikacyjnych. Organy regulacyjne mogą ustalać ceny hurtowe i/lub kontrolować ceny[18]. Przykładowo, art. 13 ust. 1 dyrektywy w sprawie dostępu stanowi, że krajowe organy regulacyjne mogą nakładać obowiązek kontroli cen i zapewnienia dostępu, gdy analiza rynku wskazuje, że brak skutecznej konkurencji oznacza, iż operator może utrzymywać ceny na nadmiernie wysokim poziomie lub może stosować nożyce kosztowo-cenowe ze szkodą dla użytkowników końcowych, gdyż w efekcie może nastąpić ograniczenie konkurencji[19].

Na rynkach regulowanych ceny nie są swobodnie ustalane przez przedsiębiorców. W związku z tym przedsiębiorcy ponoszą odpowiedzialność za antykonkurencyjne skutki bezczynności regulatorów. Istotne znaczenie ma tutaj stopień, w jakim przedsiębiorca poddany obowiązkom regulacyjnym posiada możliwość unikania nożyc kosztowo-cenowych tworzonych przez ceny regulowane. W świetle przepisów prawa konkurencji nie ma wymogu, aby dominujący przedsiębiorca zapewnił najbardziej korzystne rozwiązanie dla swoich konkurentów. To regulator ustala lub zatwierdza ceny. Z tego względu przedsiębiorca nie będzie odpowiedzialny za własne zachowania, ale za brak reakcji na działania regulatora niekorzystne dla konkurentów. W takiej sytuacji dominujący przedsiębiorca działający samodzielnie nie może zapobiec powstaniu nożyc kosztowo-cenowych. Raczej wymaga się, aby wyraził aprobatę taryf regulatora.

2. Symetryczny obowiązek dostępu

Ramy regulacyjne przewidują także inne obowiązki nakładane na operatorów, bez względu na ich pozycję rynkową (symetryczny obowiązek dostępu). Po pierwsze, krajowy organ regulacyjny może nałożyć obowiązki na operatorów telekomunikacyjnych na podstawie art. 5 dyrektywy o dostępie, aby zapewnić zdolność przyłączeniową, interoperacyjność czy dostęp do oprogramowania w zakresie tworzenia interfejsów[20]. Po drugie, art. 12 dyrektywy ramowej pozwala krajowym organom regulacyjnym nakładać obowiązki w celu rozmieszczenia i podziału różnych elementów sieci i urządzeń towarzyszących[21]. Dotyczy to dostępu do budynków, budowy sieci, instalacji masztów, wież i innych dodatkowych konstrukcji, przewodów, kabli, studzienek etc. Po trzecie, dyrektywa w sprawie usługi powszechnej pozwala krajowym organom regulacyjnym na poszerzenie zakresu obowiązków, które mogą być nakładane na wszystkich operatorów[22]. Po czwarte, art. 32 dyrektywy w sprawie usługi powszechnej stanowi, że państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o wprowadzeniu dodatkowych usług jako powszechnie dostępnych na ich własnym terytorium, choć nie wspomina o mechanizmie kompensaty obejmującym poszczególnych

[18] D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*, „Journal of Competition Law and Economics" 2005, No. 2, s. 409.

[19] D. Kostecka-Jurczyk, *Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 8(2), s. 66–67.

[20] Dyrektywa 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń…

[21] Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z 07.03.2002 w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej…

[22] Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 07.03.2002 w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników…

przedsiębiorców. Wreszcie, pewne ograniczenia działalności operatorów telekomunikacyjnych mogą zostać wprowadzone na podstawie art. 114 TFUE, co potwierdza wdrożenie rozporządzenia w sprawie roamingu. Rozporządzenie to zostało oparte na przepisach prawa konkurencji w związku z postępowaniem Komisji dotyczącym roamingu podjętym w oparciu o art. 101 i 102 TFUE[23]. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko *T-mobile* i *Vodafone* w Niemczech oraz przeciwko *Vodafone* i *O2* w Wielkiej Brytanii w związku z domniemaniem nadmiernie wygórowanych cen za usługi roamingowe[24]. Jest to pierwszy przypadek, kiedy KE wyczerpująco uregulowała rynek na poziomie unijnym poprzez nałożenie środków zaradczych bezpośrednio na operatorów tak na poziomie hurtowym, jak i detalicznym[25]. W praktyce rozporządzenie w sprawie roamingu pozwala na wdrożenie symetrycznego obowiązku kontroli cen przez wszystkich operatorów na rynku hurtowym i detalicznym. W efekcie tworzy ono podstawy do nakładania identycznych ograniczeń cenowych na wszystkich operatów, bez względu na ich pozycję rynkową i finansową[26].

Należy także zwrócić uwagę, że wzrost przepustowości sieci, wymuszany przez nowe usługi internetowe powoduje, iż operatorzy coraz częściej muszą ustawiać priorytety ruchu, aby uniknąć przeciążania sieci. Art. 22 ust. 3 zmienionej dyrektywy w sprawie dostępu stanowi, że krajowy organ regulacyjny może ustanowić minimalne wymogi jakości usług dla operatorów, aby zapobiec ich pogorszeniu oraz ograniczaniu lub spowolnieniu ruchu w sieci[27]. Dodatkowo pewne ograniczenia wymuszają reguły konkurencji, zwłaszcza w zakresie wyłącznej dystrybucji telefonów i dystrybucji treści. Istotną kwestią jest także zarządzanie częstotliwościami.

III. Zarządzanie częstotliwościami a reguły konkurencji

W celu wyeliminowania ryzyka zakłócenia konkurencji Komisja wdrożyła regulacje odnośnie do zarządzania częstotliwościami radiowymi[28]. W UE częstotliwości wykorzystywane w celu świadczenia usług są zarządzane centralnie przez krajowe organy regulacyjne. Decydują one o alokacji częstotliwości i o tym, jakie częstotliwości będą wystawione na aukcji. Krajowe organy regulacyjne mogą zezwolić na transfer pewnych częstotliwości z/lub bez zmiany zakresu ich wykorzystania[29]. Organy te mogą również podejmować decyzje co do liberalizacji częstotliwości[30]. Państwa członkowskie powinny zapewnić, że:

[23] Zob. Notatka Prasowa z dnia 11.07.2001, MEMO/01/262. Dokument dostępny na stronie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-262_en.htm?locale=en (29.07.2015).

[24] Notatka Prasowa KE z dnia 10.02.2005 Nr IP/05/161 i z dnia 26.06.2004 Nr IP/04/994.

[25] Art. 2 i 4 rozporządzenia w sprawie roamingu.

[26] Raport Komisji w sprawie rozwoju usług roamingu w UE, COM (2010) 356 final, p. 13.

[27] Aneks do Dyrektywy 2009/140/WE stanowi, że Komisja przykłada dużą wagę do utrzymania otwartego i neutralnego charakteru Internetu, biorąc pod uwagę neutralność sieci jako jedną z podstawowych zasad, jakie powinny wdrażać krajowe organy regulacyjne. Zob. też art. 8 ust. 4 dyrektywy ramowej, której celem jest zapewnienie zdolności użytkowników końcowych w zakresie dostępu do informacji; Komunikat Komisji z dnia 19/04.2011 do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie otwartego Internetu i neutralności sieci w Europie, COM(2011) 222 final, Bruksela 2011; Notatka Prasowa z dnia 29.05.2012 Nr MEMO/12/389. Dokument dostępny na stronie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-389_en.htm?locale=en (29.07.2015).

[28] B. Marciniak, *Przenoszenie i dzierżawa uprawnień do częstotliwości radiowych w unijnej polityce częstotliwościowej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 8(2), s. 54–63.

[29] Dyrektywa ramowa, art. 9.

[30] Zob. propozycja zmiany Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych w sieci komunikacji elektronicznej i usług, 2002/19/WE w sprawie dostępu i wzajemnych połączeń w sieci komunikacji elektronicznej i usługach i 2002/20/WE w sprawie autoryzacji sieci komunikacji elektronicznej i usług COM(2008) 724; Notatka Prasowa Komisji z dnia 24.11.2009 Nr IP/09/1812. Nowe regulacje obejmują: rozporządzenie 1211/2009 w sprawie ustanowienia Organu europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC), Dz. Urz. 2009, Nr L 337/1; Dyrektywa 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 25.11.2009 zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników odnośnie do sieci komunikacji elektronicznej i usług, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej i Rozporządzenie Nr 2006/2004 w sprawie kooperacji między krajowymi organami ochrony konsumenta, Dz. Urz. L 337/52.

- na dostępnych częstotliwościach mogą być wykorzystywane wszystkie technologie i mogą być one objęte pewnymi ograniczeniami na zasadzie niedyskryminacji, aby uniknąć szkodliwych skutków dla interesu publicznego[31]; w szczególności państwa członkowskie muszą udostępniać pewne częstotliwości (900MHz i 1800MHz) niezbędne dla świadczenia usług mobilnych[32];
- operatorzy mobilni muszą zapewnić, że transfer lub dzierżawa określonych częstotliwości muszą być notyfikowane właściwemu krajowemu organowi regulacyjnemu[33];
- krajowe organy regulacyjne powinny zapewnić, że akumulacja częstotliwości nie będzie skutkowała zakłóceniem konkurencji.

Dla porównania, w USA regulacje dotyczące zarządzania częstotliwościami także przewidują pełną liberalizację w tym obszarze. Licencje w zakresie telefonii mobilnej są niezależne od technologii i przydzielone częstotliwości mogą być wykorzystywane do wszystkich usług mobilnych bez względu na wykorzystywaną technologię. Federalna Komisja ds. Komunikacji stara się zapobiegać negatywnym skutkom wynikającym z kumulacji częstotliwości w rękach jednego z przedsiębiorców[34]. Posiada ona kompetencje do oceny skutków zmiany przydzielonej częstotliwości dla konkurencji.

IV. Podział sieci a ograniczenie konkurencji

W niektórych przypadkach nie ma możliwości instalowania urządzeń ze względu na normy środowiskowe, ochronę zdrowia publicznego i bezpieczeństwo lub bariery wynikające z planów przestrzennych. W takich przypadkach operatorzy mobilni mogą negocjować współdzielenie sieci, pobudzając tym samym konkurencję na niższym szczeblu rynku, co może skutkować wzrostem dostępu do usług na tym szczeblu[35]. Jednakże współdzielenie sieci może także prowadzić do antykonkurencyjnych skutków, jak np. koordynacji zachowań rynkowych operatorów. Jest to uzależnione od dokładnej części sieci, jaka ma być współdzielona. Ogólnie, dozwolone jest współdzielenie masztów i pasywnych elementów sieci. Wątpliwości budzi natomiast współdzielenie kluczowych elementów sieci lub częstotliwości[36]. Istotnym problemem jest też ryzyko wymiany między stronami wrażliwych informacji handlowych, zmowy cenowej, podziału rynku czy dyskryminacji cenowej (może naruszać art. 101 TFUE lub art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)[37]. To także skłania do pytania o rolę prawa konkurencji na rynkach regulowanych.

V. Relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi

Rynki regulowane zwykle różnią się od klasycznych konkurencyjnych rynków, stanowiących podstawowy model reguł prawa konkurencji. Dualna struktura normatywna w sektorach regulowanych (stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych) jest akceptowana zarówno przez

[31] Zmieniona dyrektywa ramowa, art. 9.

[32] Dyrektywa 2009/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16.09.2009 zmieniająca dyrektywę 87/372/EEC w sprawie pasm częstotliwości które mają zostać zarezerwowane dla skoordynowanego wprowadzenia publicznej paneuropejskiej komórkowej cyfrowej naziemnej łączności ruchomej we Wspólnocie, Dz. Urz. 2009, Nr L 274/25.

[33] Zmieniona dyrektywa ramowa, art. 9b.

[34] Zob. XIII Raport Federalnej Komisji ds. Komunikacji, 2009, s. 37. https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-09-54A1.pdf (30.07.2015).

[35] Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 132–133.

[36] Decyzja Komisji z dnia 16.07.2003 w sprawie COMP/38.369 *o2/T-Mobile Deutschland/Viag Intercom*-Network Sharing Agreement, Dz. Urz. 2004, Nr L 75/32; decyzja Komisji z dnia 30.04.2003 w sprawie COMP/38.370 *o2 UK Limited/T-Mobile UK Limited* (UK Network Sharing Agreement), Dz. Urz. 2003, Nr L 200/59; Wyrok Sądu Generalnego w sprawie T-328/03 *o2 (Germany) GmbH&Co OHG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-1231.

[37] Zob. obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 134–143.

Komisję, jak i sądy UE. Komisja wyraża silne przekonanie, że reguły konkurencji i regulacje sektorowe tworzą spójne ramy prawa UE[38]. Przepisy te zawierają komplementarne narzędzia. Nie wykluczają się one wzajemnie, co wynika z pierwszeństwa regulacji sektorowych przed prawem konkurencji. Regulacje sektorowe mają na celu zapewnić konkurencję na rynku, a prawo konkurencji ma ją chronić[39]. W wyroku w sprawie *Deutsche Telekom* (dalej: DT), TSUE scharakteryzował relacje między prawem konkurencji UE i regulacjami sektorowymi w następujący sposób: „reguły konkurencji zawarte w TFUE uzupełniają … poprzez kontrolę *ex post* ramy legislacyjne zawarte w regulacjach dotyczących postępowania *ex ante* na rynkach telekomunikacyjnych"[40]. Adwokat Generalny Mazák w swojej opinii w sprawie *Deutsche Telekom* stwierdził, że regulacje sektorowe w telekomunikacji i prawo konkurencji są względem siebie komplementarne[41]. Wyraził pogląd, że regulacje te uzupełniają traktatowe przepisy dotyczące konkurencji i powinny gwarantować konkurencyjne podstawy w zakresie, w jakim reguły konkurencji same w sobie tego nie czynią[42].

Nieostra linia między obowiązkami regulacyjnymi i prawem konkurencji oznacza, że preferowane w prawie UE podejście ma różne skutki. Mianowicie, przedsiębiorcy w sektorach regulowanych są zobligowani do wypełnienia dwóch typów zobowiązań w odniesieniu do tych samych zachowań rynkowych, co ilustruje sprawa *Deutsche Telekom*[43]. Uwypukla ona m.in. problem dualnego (regulacyjno-konkurencyjnego) podejścia w UE. W tym przypadku Komisja stwierdziła, że DT nadużył pozycji dominującej poprzez stosowanie nożyc kosztowo-cenowych między cenami hurtowymi dostępu do pętli lokalnej i cenami miesięcznych opłat abonamentowych za usługi telefoniczne i Internet[44]. Zdaniem Komisji nożyce kosztowo-cenowe wynikały z różnicy między ceną hurtową i detaliczną. Marża zysku konkurentów prowadzących działalność gospodarczą na rynku detalicznym nie wystarczała do pokrycia kosztów działalności[45]. Należy podkreślić, że w tym przypadku ceny hurtowe były ustalane przez regulatora, a ich struktura wynikała prawdopodobnie z wcześniej przyjętej polityki cenowej stosowanej przez państwo. Działalność DT była też podporządkowana celom polityki społecznej. Chodziło o ułatwienie (upowszechnienie) dostępu do usług telekomunikacyjnych, pomimo ich wysokich kosztów. Komisja wszczęła postępowanie przeciwko DT na podstawie przepisów prawa konkurencji zarzucając mu nadużycie pozycji dominującej w formie nożyc kosztowo-cenowych, a nie przeciwko Republice Federalnej Niemiec za uchybienia w realizacji zobowiązań wynikających z art. 258 TFUE[46].

Aktualnie stosowanie prawa konkurencji i regulacji sektorowych w zakresie telekomunikacji wskazuje tendencję do konwergencji między tymi dwoma reżimami. W świetle dyrektywy ramowej z 2002 r. np. rynki telekomunikacyjne są definiowane zgodnie z zasadami konkurencji i pojęcie

[38] Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 57 i 58.

[39] Sprawozdanie z warsztatu naukowego CSAiR/Wierzbowski Eversheds, s. 5. Dokument dostępny na stronie http://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/konferencje/08/SprawozdanieWierzbowskiEversheds.pdf (24.08.2015).

[40] Wyr. TSUE w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2010, s. I–9555.

[41] Opinia Adwokata Generalnego J. Mazáka w sprawie C-280/08 P *Deutsche Telekom AG przeciwko Komisji,* pkt 19.

[42] Ibidem, pkt 15, por. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 280–282.

[43] Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym, Dz. Urz. 1998, Nr C 265/2, pkt 28 i 150; D. Geradin, R. O'Donoghue, *The Concurrent Application of Competition*…, s. 409.

[44] Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom AG*, Dz. Urz. 2003, L 263/9.

[45] Decyzja KE z dnia 21.05.2003 w sprawie *Deutsche Telekom*…, pkt 107.

[46] Zob. Opinia Adwokata Generalnego J. Mazáka do wyroku Sądu Generalnego w sprawie T-271/03 *Deutsche Telekom AG* v *Komisji*, pkt 54–59.

znaczącej pozycji rynkowej jest w dużej mierze spójne z pojęciem używanym w prawie konkurencji[47]. W opinii Komisji regulacje *ex ante* i *ex post* są spójne i komplementarne. Niemniej jednak istnieją znaczne różnice między nimi. Wprawdzie oba reżimy dążą do zapewnienia maksymalizacji dobrobytu konsumenta, ale polityka regulacji ma służyć realizacji zupełnie innych celów, jak np. zapewnieniu rywalizacji na rynku (wewnątrzrynkowa konkurencja) czy zachowaniu minimalnych standardów jakości i interoperacyjności. Jak już wcześniej wspomniano, w świetle regulacji sektorowych obowiązek dostępu do urządzeń telekomunikacyjnych jest nakładany quasi-automatycznie, gdy stwierdzona zostanie znacząca siła rynkowa. Zwykle jest on połączony z kontrolą cen, która ma skłonić do wejścia na rynek przedsiębiorców o niewielkiej skali działalności w nadziei, że pojawienie się nowego operatora w dłuższym okresie pobudzi presję konkurencyjną[48]. Z kolei w świetle prawa konkurencji dominujący przedsiębiorca ponosi szczególną odpowiedzialność za niezakłócanie konkurencji, ale nie jest ogólnie wymagane, aby dzielił się swoją infrastrukturą z konkurentami. Nie ma też wymogu ustalania cen na poziomie społecznie akceptowalnym. Zobowiązanie dominantów do kompensowania konkurentom braku skali działalności byłoby niespójne z fundamentalną zasadą europejskiego prawa konkurencji, gdzie dominujący przedsiębiorca nie może stosować metod innych od tych, które warunkują normalną konkurencję[49]. Utrzymywanie parasola cenowego nad nowo wchodzącym na rynek nie może być adekwatnym środkiem zaradczym w świetle prawa konkurencji, ponieważ odbiega od modelu zdrowej konkurencji.

Dobrym przykładem pokazującym współzależność regulacji sektorowych i prawa konkurencji jest też przejęcie Orange Austria przez H3G[50]. Decyzja Komisji w tej sprawie pokazuje, jak ważną rolę odegrał krajowy regulator telekomunikacji w kontroli koncentracji w zakresie ustalenia kształtu pakietu środków zaradczych[51]. Ten przypadek potwierdza wyrównanie ról między polityką krajowego regulatora telekomunikacyjnego i polityką kontroli koncentracji w UE oraz zbieżność wykorzystania narzędzi regulacyjnych i prawa konkurencji[52]. Komisja w ścisłej współpracy z austriackim organem regulacyjnym wydała warunkową zgodę na koncentrację, uwzględniając proponowane przezeń środki zaradcze. Nie zakazała jednak koncentracji prowadzącej do ograniczenia liczby operatorów o znacznej pozycji rynkowej w Austrii z czterech do trzech. Dla porównania w decyzji w sprawie *Airtours*[53] Komisja zakazała połączenia, które skoncentrowałoby rynek poprzez ograniczenie liczby głównych graczy z czterech do trzech. Skutkiem tej operacji byłoby powstanie zbiorowej pozycji dominującej w Wielkiej Brytanii. Nowa spółka posiadałaby 34,4% rynku, podczas gdy innych dwóch przedsiębiorców – Thomas Cook i Thomson posiadałoby odpowiednio udział w rynku 20,4% i 30,7%. Jeśli proponowana transakcja zostałaby zaakceptowana, trzech głównych operatorów pozostających na rynku mogłoby posiadać ponad 80% rynku. Komisja zablokowała łączenie, wskazując, że:

[47] Zob. Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 07.03.2002…, art. 14 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 i 3.

[48] Zob. E. Piontek (red.), *Nowe tendencje*…, s. 178.

[49] Wyr. TSUE w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1979, s. 461, pkt 91.

[50] Decyzja Komisji z 12.12.2012 w sprawie COMP/M.6497 *H3G Austria/Orange Austria*, dostępna na stronie http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6497_20121212_20600_3210969_EN.pdf (15.08.2015).

[51] D. Kostecka-Jurczyk, Środki zaradcze w procesie konsolidacji *H3G-Orange, H3G-o2 i Telef*ónica-*E-Plus przeciwdziałające monopolizacji na rynku telefonii mobilnej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2014, nr 8(3), s. 27–29.

[52] Na temat środków zaradczych zob. też T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 262 i n.; E. Piontek (red.), *Nowe tendencje*…, s. 268–278.

[53] Decyzja Komisji z dnia w sprawie COMP/M.1524 *Airtours/First Choice*, Dz. Urz. 2000, Nr L 93/1. Decyzja uchylona przez wyr. SG w sprawie T-342/99 *Airtours v Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II-2585.

- będzie ono ograniczało motywację do konkurowania wśród trzech pozostałych operatorów;
- spowoduje wzrost przejrzystości rynku i współzależności operatorów, co pozwoli głównym graczom na rynku stosować paralelne podejście w zakresie konstruowania oferty;
- będzie ułatwiało odwet w przypadku próby odstąpienia od paralelnych zachowań, jeśli jeden z trzech pozostałych dużych operatorów zdecydowałby się nie ograniczać wielkości swojej podaży, pozostali dwaj w następnym sezonie zwiększyliby swoją ofertę, powodując spadek cen;
- będzie prowadziło do dalszej marginalizacji mniejszych operatorów na rynku.

Jedną z podstaw decyzji Komisji był fakt, że łączenie mogłoby tworzyć kolektywną pozycję dominującą i trzej oligopoliści byliby zdolni do cichej koordynacji zachowań rynkowych. To z kolei mogłoby wpłynąć na ograniczenie między nimi konkurencji cenowej[54].

W sprawie *Orange-H3G* nie wykorzystano w pełni argumentów sformułowanych przez Komisję w sprawie *Airtours.* Biorąc powyższe pod uwagę należy podkreślić, że jeśli prawo konkurencji będzie zinstrumentalizowane tak, aby osiągać cele polityki regulacyjnej, będzie istniało ryzyko, że będą wdrażane niższe standardy nadzoru regulacyjnego. To będzie prowadziło do zróżnicowania norm w poszczególnych sektorach gospodarki, co może zagrażać wewnętrznej spójności prawa konkurencji. Art. 101 i 102 TFUE oraz stosowne przepisy prawa krajowego będą zatem różnie interpretowane w zależności od tego, czy na rynku właściwym identyczne zachowania będą oceniane w oparciu o te same standardy i te same normy prawne.

VI. Konkluzje

Wykorzystanie prawa konkurencji do osiągnięcia celów regulacyjnych prowadzi do wątpliwych efektów. Po pierwsze, może to wprawdzie ułatwiać proces deregulacji, ale w dłuższym okresie istnieje ryzyko obniżenia standardów prawa konkurencji w regulowanych gałęziach sieciowych. Po drugie, zbyt szerokie reguły konkurencji mogą dyskryminować pionowo zintegrowanych przedsiębiorców, szczególnie w sektorach regulowanych, w których często konkurencja jest kształtowana w sposób sztuczny. Po trzecie, istnieje ryzyko, że rozwój materialnego prawa konkurencji będzie determinowany przez regulacje sektorowe. Z jednej strony sens polityki regulacyjnej jest kwestionowany, gdyż jest ona zbytnio skoncentrowana na krótkookresowym, cenowym wymiarze konkurencji i opiera się na nierealistycznym paradygmacie konkurencji doskonałej. Z drugiej jednak – należy podzielić pogląd, że samo prawo antymonopolowe nie będzie w stanie zapewnić odpowiednich warunków rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że prawo konkurencji jest wykorzystywane jako dodatkowe narzędzie regulacji rynku bądź niwelowania problemów wynikających z funkcjonowania regulacji sektorowych. Jednakże ma ono ograniczony zestaw narzędzi, aby im zapobiegać. Regulacje sektorowe i prawo konkurencji na rynku telekomunikacji raczej powinny wykazywać konwergencję dla osiągnięcia wspólnych celów, do których należy m.in. utworzenie jednolitego rynku telekomunikacyjnego charakteryzującego się skuteczną konkurencją.

[54] Decyzja ta została uchylona przez Sąd Generalny w wyroku w sprawie T-342/99 *Airtours v Komisji*, Zb. Orz. 2002, s. II–2585. Por. też decyzję Komisji z dnia 25.10.1998 w sprawie IV/M.1225 *Stora/Enso*, Dz. Urz. 1999, Nr L 254/9; decyzję Komisji z dnia w sprawie COMP/M.619 *Gencor/Lonrho*, Dz. Urz. 1997, Nr L 11/30 i warunkową decyzję Komisji z dnia 22.07.1992 w sprawie COMP/M.190 *Nestlé/Perrier*, Dz. Urz. 1992, Nr L 356/1.

Bibliografia

Adamski Dariusz. 2007. „*Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych*". W *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW: 238–263.

Galewska Ewa. 2007. „*Rynki łączy dzierżawionych*". W Regulacja rynków telekomunikacyjnych. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW: 238–263.

Geradin Damien, O'Donoghue Robert. 2005. "*The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in Telecommunications Sector*". Journal of Competition Law and Economics 2005 (2): 360–364.

Heimler Alberto. 2008. "*Is a Margin Squeeze an Antitrust or Regulatory Violation?*". Journal of Competition Law & Economics 2010 (4): 879–890.

Kohutek Konrad. 2012. *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa, Wolters Kluwer business.

Kostecka-Jurczyk Daria. 2014. „Środki zaradcze w procesie konsolidacji *H3G-Orange, H3G-o2 i Telefónica-E--Plus przeciwdziałające monopolizacji na rynku telefonii mobilnej*". internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 8(3): 21–30.

Kostecka-Jurczyk Daria. 2013. „*Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku telekomunikacyjnym*". internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 8(2): 65–73.

Kwiatkowska Ewa M., Cieślak Iwaona. 2014. „*Działalność regulacyjna Prezesa UKE a konkurencyjność i sytuacja finansowa przedsiębiorstw na przykładzie Grupy TP*". Management and Business Administration. Central Europe. 2014 (3): 56–71.

Monti Giorgio. 2008. "*Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*". Competiton Law Review 2008 (2): 123–145.

Piątek Stanisław. 2013. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Piontek Eugeniusz (red.). 2008. Nowe tendencje w prawie konkurencji UE. Warszawa. Oficyna a Wolters Kluwer business.

Skoczny Tadeusz. 2012. Zgody szczególne w prawie konkurencji. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.

Marcin Król*

Czy w dyskusji o separacji funkcjonalnej telekomunikacja może skorzystać z doświadczeń kolei?

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. O możliwości transferu doświadczeń w zakresie separacji strukturalnej między branżami infrastrukturalnymi
III. Kluczowe dla telekomunikacji wnioski wynikające z doświadczenia kolei w zakresie separacji strukturalnej

Streszczenie

W artykule podjęto próbę wskazania tych doświadczeń transportu kolejowego z separacją strukturalną, które mogą być cenne dla telekomunikacji. W pierwszej części nakreślono kontekst rozważań. Drugą część poświęcono możliwości transferu doświadczeń związanych z separacją strukturalną między branżami infrastrukturalnymi. W trzeciej części sformułowano kluczowe dla telekomunikacji wnioski wynikające z doświadczenia kolei w tym zakresie.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; separacja funkcjonalna; separacja strukturalna; telekomunikacja; transport kolejowy.

I. Wprowadzenie

Separacja funkcjonalna była zagadnieniem szeroko dyskutowanym w branży telekomunikacyjnej w Europie w ubiegłej dekadzie. Działo się tak przede wszystkim za sprawą wprowadzenia tego rozwiązania w Wielkiej Brytanii, we Włoszech i w Szwecji (a poza Europą – w Australii). Wprowadzenia separacji funkcjonalnej bardzo bliscy byli również regulatorzy rynków telekomunikacyjnych w Grecji i w Polsce, a rozwiązanie to znalazło się w tzw. nowym pakiecie telekomunikacyjnym z 2009 r. jako – jak ujmują to O. Teppayayon i E. Bohlin – ostatnia deska ratunku, jakiej chwycić się mogą organa regulacyjne w dyskusji z przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi[1]. W następnych jednak latach zainteresowanie tą tematyką nieco osłabło[2].

Kwestia ta powraca, być może trochę niespodziewanie, przy okazji dyskusji o budowie sieci dostępowych nowej generacji, NGA (*New Generation Access*). Jak się zauważa w literaturze, poziom inwestycji w budowę sieci NGA był w ostatnich latach niższy, niż możnaby tego oczekiwać. Trudno powiedzieć czy był to jedynie skutek niepewności związanej z kryzysem finansowym, czy

* Doktor ekonomii, adiunkt w Kolegium Gospodarki Światowej Szkoły Głównej Handlowej; email: marcin.krol@sgh.waw.pl.

[1] O. Teppayayon, E. Bohlin, *Functional separation in Swedish broadband market: Next step of improving competition*, „Telecommunications Policy" 2010, vol. 34.

[2] Opinię tę sformułowano na podstawie obserwacji częstotliwości występowania tego pojęcia w czasopismach telekomunikacyjnych w kolejnych latach obecnej dekady.

też rękę do tego przyłożyła polityka regulacyjna. Ta ostatnia opiera się na przekonaniu, że trwała konkurencja (*sustainable competition*) na rynku telekomunikacyjnym może zostać osiągnięta jedynie wówczas, gdy będzie ona odbywać się w oparciu o zasoby infrastrukturalne (*infrastructure-based competition* lub też *facility-based competition*) posiadane przez konkurentów. Aby jednak te zasoby uzyskać, muszą oni otrzymać dostęp do infrastruktury operatora zasiedziałego. Dzięki temu mogą prowadzić konkurencję usługową (*service-based competition*), pozyskując własnych klientów i generując przychody, które mają im pozwolić na poruszanie się w górę tzw. drabiny inwestycyjnej (*Ladder of Investment – LOI*), aż w końcu będą w stanie konkurować z przedsiębiorstwem zasiedziałym w oparciu o własną infrastrukturę. A zatem warunkiem osiągnięcia pożądanego stanu konkurencji infrastrukturalnej jest zapewnienie na odpowiednim etapie rozwoju rynku warunków dla zaistnienia konkurencji usługowej. Fundamentalnym zagadnieniem jest tu odpowiednie wyważenie i nasilenie w czasie bodźców i warunków dla obu tych form konkurencji.

W literaturze zwraca się jednak uwagę, iż uwarunkowania technologiczno-ekonomiczne powodują, iż sieć NGA wykazuje być może więcej cech monopolu naturalnego niż tradycyjna sieć miedziana. Jak pisze S. Piątek, charakterystyczną cechą inwestycji w sieci NGA jest znacząca przewaga pierwszego inwestora na danym obszarze. Wysoki poziom minimalnej efektywnej skali działalności (*minimum efficient scale of operation*, MESO) powoduje bowiem, iż pojawienie się kolejnych inwestorów jest w praktyce prawdopodobne jedynie na obszarach o bardzo dużej gęstości zabudowy[3]. W tym kontekście powraca zainteresowanie nieco bardziej radykalną formą zapewniania dostępu do zasobów infrastrukturalnych niż ten oparty jedynie na separacji rachunkowej, a mianowicie separacją strukturalną – funkcjonalną, a nawet własnościową[4].

W literaturze ekonomicznej brakuje teoretycznego konsensusu na temat efektów separacji funkcjonalnej w branży telekomunikacyjnej. Jak w związku z tym postulują D. Brito, P. Pereira i J. Vareda, ich analiza powinna się odbywać na podstawie studiów przypadków[5]. Ponieważ jednak na separację funkcjonalną w branży telekomunikacyjnej zdecydowano się w zaledwie kilku wspomnianych wyżej krajach, obiektów do analizy nie ma zbyt wiele. Inną możliwość stanowi rozszerzenie obszaru badawczego o inne branże infrastrukturalne – zwłaszcza energetykę i kolej – gdzie strukturalną separację pionową stosowano znacznie powszechniej i w większym wachlarzu form niż w telekomunikacji. Oczywiście w tym kontekście w sposób naturalny pada pytanie, na ile uprawnione jest przenoszenie takich doświadczeń pomiędzy tymi branżami.

II. O możliwości transferu doświadczeń w zakresie separacji strukturalnej między branżami infrastrukturalnymi

Branże infrastrukturalne nie są grupą homogeniczną. Każda z nich ma swoją uwarunkowaną technologicznie specyfikę gałęziową. Mają one jednak kilka cech wspólnych, które powodują, iż ekonomiści rozpatrywali i rozpatrują je często jako grupę[6].

Po pierwsze, wymagają one kapitałochłonnych inwestycji w sieci infrastrukturalne (zarówno w ich budowę, jak i utrzymanie) – telekomunikacyjne, elektroenergetyczne, gazowe, ciepłownicze,

[3] S. Piątek, *Polityka regulacyjna dotycząca sieci dostępowych nowej generacji*, „Telekomunikacja i Techniki Informacyjne" 2010, nr 3–4.

[4] Ten drugi przypadek w: A. Avenali, G. Matteucci, P. Reverberi, *Broadband investment and welfare under functional and ownership separation*, „Information Economics and Policy" 2014, vol. 28.

[5] D. Brito, P. Pereira, J. Vareda, *An assessment of the equality of access and no-regulation approaches to the next generation networks*, „Telecommunications Policy" 2011, vol. 35.

[6] Nie wszystkie branże infrastrukturalne odznaczają się niżej wymienionymi cechami, ale wszystkie posiadają większość cech z tego zbioru.

wodociągowo-kanalizacyjne, kolejowe. Nakłady na kapitał produkcyjny są w ich przypadku wielokrotnie wyższe niż przeciętna dla całej gospodarki. Przykładowo, R. Prud'homme podaje, iż nakłady te na jednostkę pieniężną wartości produkcji, na jednostkę pieniężną wartości dodanej czy też na zatrudnionego są w branżach sieciowych 3 do 4 razy wyższe niż wynosi średnia dla całej gospodarki[7]. Co więcej, inwestycje te charakteryzują się znacznym stopniem niepodzielności, co oznacza, że przy budowie infrastruktury konieczne jest tworzenie ściśle określonych modułów infrastrukturalnych, elementy infrastruktury są zaś od siebie wzajemnie uzależnione i funkcjonują jako jedna całość.

Po drugie, te kapitałochłonne inwestycje mają zarazem w znacznej części charakter kosztów utopionych. Rynek wtórny na infrastrukturę liniową nie istnieje. Przedsiębiorstwo infrastrukturalne nie może odzyskać – choćby częściowo – zaangażowanego na przykład w linię kolejową kapitału, sprzedając ją po prostu na innym rynku lokalnym. Wynika to z faktu niemobilności infrastruktury liniowej. Obie te cechy sprawiają, że usługi infrastrukturalne charakteryzują się wysokim poziomem efektywnej skali działalności, co skutkuje też zwykle wysokim poziomem minimalnego efektywnego udziału w rynku (*minimum efficient market share*, MEMS).

Po trzecie, we wszystkich tych branżach identyfikuje się obszary występowania monopolu naturalnego.

Po czwarte, inwestycje w infrastrukturę charakteryzują się długowiecznością. Długość życia kapitału zainwestowanego w infrastrukturę liniową liczy się zwykle co najmniej w dziesiątkach lat, nie zaś w latach[8].

Po piąte, większości usług infrastrukturalnych przypisany jest atrybut użyteczności publicznej. Mimo jednak przypisania im owego atrybutu, usługi świadczone przez branże sieciowe są sprzedawane końcowym użytkownikom, tak jak inne, „zwykłe" dobra i usługi. Zatem nabywcy usługi płacą jej producentowi pewną cenę (cena ta może być niższa niż koszt wyprodukowania usługi, lecz nie zmienia to istoty rzeczy). Usługi infrastrukturalne mają zatem – wbrew nieco mylnej w tym kontekście zwyczajowej nazwy „usługi publiczne" – charakter dóbr prywatnych. Tym m.in. różnią się one od innych usług o charakterze powszechnym takich na przykład, jak obrona narodowa, wymiar sprawiedliwości czy policja, które są dobrami publicznymi w rozumieniu ekonomii.

Te wspólne cechy powodują, że ekonomiści podejmują próby przekrojowej analizy zjawisk występujących w branżach infrastrukturalnych lub wymiany doświadczeń między parami branż. Dotyczy to również separacji strukturalnej, która – w różnym nasileniu i formach (funkcjonalna, prawna, własnościowa) – stosowana jest w większości z nich. We wszystkich też, dodajmy, powoduje ona kontrowersje, gdyż wszystkie one powstawały i historycznie funkcjonowały w modelu pełnej integracji pionowej procesu produkcji. Konkurencja, jeśli istniała, to pomiędzy pionowo zintegrowanymi przedsiębiorstwami dysponującymi alternatywnymi sieciami. Separacja strukturalna stanowi zatem ingerencję w tradycyjną strukturę pionową branży.

[7] R. Prud'homme, *Les services publics,* Institute de l'Entreprise, Paryż 2003, s. 6.

[8] Wiek najstarszych obecnie użytkowanych obiektów infrastrukturalnych liczony jest już natomiast w tysiącach lat. Są to głównie mosty – w ich przypadku kolejne modernizacje sprowadzały się zwykle do rekonstrukcji nawierzchni jezdni, sama zaś zasadnicza konstrukcja mostu pozostawała niezmienna. Jednym z wielu przykładów jest zbudowany z granitowych bloków za cesarza Trajana (ukończony w 106 r n.e., długość 194 m, wysokość 71 m) rzymski most na rzece Tag w Alkantara (Hiszpania), użytkowany nieprzerwanie od ponad 1900 lat (dane na temat tego obiektu na podstawie: A. Sadurska, *Sztuka rzymska. Okres średniego cesarstwa, od Flawiuszów do upadku Sewerów*, [w:] *Sztuka świata*, t. II, Arkady, Warszawa 1990, s. 290).

Analizy przekrojowe charakterystyczne były dla wcześniejszego etapu badań nad separacją pionową w branżach infrastrukturalnych[9]. Charakterystycznym przykładem może być „impresyjny" (oryg. *impressionistic*) model analityczny oceny jej korzyści i kosztów w pięciu branżach (telekomunikacji, elektroenergetyce, gazownictwie, transporcie kolejowym i zaopatrzeniu w wodę), zaproponowany w 2003 r. przez J.A. Gómeza-Ibáñeza[10]. Interesująca w kontekście niniejszego artykułu jest konkluzja amerykańskiego badacza, iż na tle pozostałych branż telekomunikacja jest obiecującym obszarem regulacyjnego zastosowania separacji pionowej. Warto zwrócić uwagę, iż autor nie precyzuje stopnia (formy) tej ostatniej, posługując się w toku prowadzonej analizy pojęciem *unbundling* na określenie wszystkich działań prowadzących do zmiany struktury pionowej przedsiębiorstwa sieciowego. Jest to dość charakterystyczne dla wcześniejszych prac z tego zakresu.

Obecnie badania porównawcze nie mają już raczej tak szerokiego zakresu. Są to znacznie bardziej pogłębione próby transferu doświadczeń z jednej branży do drugiej[11]. Nie są one zresztą zbyt liczne. W grupie tej wymienić można przykładowo pracę B. Howell, R. Meade i S. O'Connor na temat wniosków dla telekomunikacji z reform sektora elektroenergetycznego[12] oraz artykuł B. Brunekreefta, w którym autor dokonuje m.in. próby przeniesienia doświadczeń transportu kolejowego na grunt elektroenergetyki[13].

W kolejnej części niniejszego artykułu podjęto próbę pokazania, jakie główne wnioski można wyciągnąć dla separacji strukturalnej w telekomunikacji z praktyki transportu kolejowego w tym zakresie. Skupiono się na dwóch kluczowych – w świetle znanej literatury – problemach, poruszanych przy okazji dyskusji o separacji funkcjonalnej w branży telekomunikacyjnej. Pierwszym z nich jest niepewność czy wprowadzenie tego rozwiązania w miejsce „standardowego" otwartego dostępu bazującego na separacji rachunkowej, co interpretować można jako wzmocnienie separacji, nie spowoduje zakłóceń w pionowej koordynacji procesu produkcyjnego w branży. Druga kwestia dotyczy tego czy zastosowanie separacji funkcjonalnej nie spowoduje negatywnych efektów dla poziomu inwestycji przedsiębiorstw zasiedziałych.

III. Kluczowe dla telekomunikacji wnioski wynikające z doświadczenia kolei w zakresie separacji strukturalnej

Strukturalna separacja pionowa polega w transporcie kolejowym na wydzieleniu z przedsiębiorstwa zasiedziałego infrastruktury podstawowej i powierzeniu jej tzw. zarządcy infrastruktury (*infrastructure manager*), który ma zakaz działania na rynkach przewozowych. Separacja strukturalna w przypadku kolei idzie zatem dalej niż w telekomunikacji, ma bowiem charakter prawny (co najmniej) lub własnościowy. Zadaniem zarządcy jest odpłatne oferowanie dostępu do infrastruktury firmom operującym na rynkach przewozowych. Odseparowanie infrastruktury jest działaniem

[9] Choć pierwszy krok wykonało Chile jeszcze w 1978 r., dezintegrując pionowo swe narodowe przedsiębiorstwo elektroenergetyczne i następnie je prywatyzując, to prawdziwa „fala" separacji pionowej nadeszła dekadę później, na przełomie lat 80. i 90. XX w. Wtedy też zjawisko to stało się obiektem szerszego zainteresowania badaczy.

[10] J.A Gómez-Ibáñez, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge 2003, s. 326–339.

[11] Na marginesie warto zauważyć, iż O. E Williamson pisze, że w badaniach nad organizacją gospodarczą istnieje zazwyczaj wybór pomiędzy rozpiętością (liczbą obserwowanych przypadków) a głębokością (większą szczegółowością). Po czym konkluduje: „Jestem przekonany, że dla postępu badań nad organizacją gospodarczą potrzebna, a nawet kluczowa jest większa głębokość". A zatem badacze wydają się realizować ten postulat nobilisty (O.E. Williamson, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu. Firmy, rynki, relacje kontraktowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 113).

[12] B. Howell, R. Meade, S. O'Connor, *Structural separation versus vertical integration: Lessons for telecommunications from electricity reform*, „Telecommunications Policy" 2010, vol. 34.

[13] G. Brunekreeft, *Network unbundling and flawed coordination: Experience from the electricity sector*, „Utilities Policy" 2015, vol. 34.

prokonkurencyjnym: ma na celu ograniczenie ryzyka tzw. pionowego zamykania rynku (*vertical market foreclosure*) przez zintegrowane pionowo przedsiębiorstwo kolejowe.

Należy podkreślić, iż podobnie jak w telekomunikacji, również w kolejnictwie separacja pionowa traktowana była od początku jako rozwiązanie kontrowersyjne. Zarzucano jej, że stanowi głęboką ingerencję w tradycyjną strukturę pionową branży. A to przecież koleje historycy gospodarki uznali za „pierwsze nowoczesne przedsiębiorstwa", w tej bowiem gałęzi pojawiła się po raz pierwszy zhierarchizowana struktura zarządcza, z kierownictwem wyższego, średniego i niższego szczebla[14]. Transport kolejowy, którego pojawienie się i rozwój odegrały znaczącą rolę w rewolucji przemysłowej XIX w. stanowił innowację nie tylko technologiczną, lecz także organizacyjną. Jego struktura była głęboko przemyślana i udoskonalano ją przez dziesięciolecia.

Stopień integracji pionowej w wielu nasyconych technologią branżach zmieniał się jednak wraz z rozwojem technologii i rynku. Przemysł samochodowy należał początkowo do bardzo zintegrowanych, obecnie zaś stanowi podręcznikowy przykład dezintegracji pionowej[15]. Podobnie branża paliwowa do lat 30. XX w. charakteryzowała się pełną integracją – od wydobycia ropy naftowej, poprzez jej rafinację, transport paliw, aż do sprzedaży. Wtedy dopiero wydzieliła się dystrybucja paliw jako rynek niższego szczebla, który obecnie funkcjonuje w pełni w systemie franczyzowym. Stopień integracji pionowej w branży nie jest czymś danym raz na zawsze. Stosunkowo wcześnie G.J. Stigler, a następnie O.E. Williamson rozwinęli teorię cyklu życia firmy, która usiłowała wyjaśnić, dlaczego w pewnych okresach swego istnienia firmy polegają na transakcjach rynkowych, w innych zaś decydują się na integrację w przód lub wstecz[16].

Natomiast w zakorzenionej w klasycznej literaturze ekonomicznej tradycji traktowania firmy jako funkcji produkcji integrację pionową wyjaśniano przede wszystkim uwarunkowaniami technologicznym, w tym zwłaszcza „technologiczną niepodzielnością". Jak pisał O.E. Williamson, „uważa się powszechnie, że istniejąca konfiguracja aktywów jest odzwierciedleniem zasad technologicznych"[17]. Gdy jednak regulator podejmuje decyzję o wyborze między dwiema alternatywnymi formami dostępu do zasobów infrastrukturalnych przedsiębiorstwa zasiedziałego – „otwartym dostępem" (separacją jedynie rachunkową) i separacją strukturalną – to ani w przypadku branży kolejowej, ani też telekomunikacyjnej jego wyboru nie determinuje z całą pewnością technologia. W opinii O.E. Williamsona przypadki takie są zresztą bardzo rzadkie. Co więcej pisze on: „Przy założeniu, iż rozważane dwa etapy [produkcji] są technologicznie rozdzielne oraz przy założeniu, iż czynnik ceny, podatku i związanych z nimi zakłóceń nie są określone w sposób oczywisty, nie istnieje żadna nieodparta neoklasyczna przyczyna preferowania integracji w stosunku do zakupów rynkowych".

Jeśli zatem technologia nie implikuje formy organizacyjnej dostępu do zasobów infrastrukturalnych, wybór tej ostatniej zależy od „konkurencji" między różnymi formami organizacyjnymi – w tym przypadku dwiema – których zastosowanie wiąże się z właściwymi im korzyściami i kosztami. Jest to zgodne z poglądami cytowanego przeze mnie O.E. Williamsona, który postulował, że „niezbędny jest większy szacunek dla cech organizacyjnych (w przeciwieństwie do technologicznych)"[18]. Jego

[14] A.D. Chandler, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, Cambridge 1977, s. 79 i nast.

[15] Por. np. M. Nowakowski (red.), *Biznes międzynarodowy – obszary decyzji strategicznych*, Wydawnictwo Key Text, Warszawa 2000, s. 265 i in.

[16] G. Stigler, *The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market*, „Journal of Political Economy" 1951, vol. 59; O.E. Williamson, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organizations*, Free Press, Nowy Jork 1975.

[17] O.E. Williamson, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu…*, s. 95.

[18] Ibidem.

zdaniem na wybór formy organizacyjnej kluczowy wpływ mają odpowiadające jej koszty transakcyjne[19]. W szczególności za główny cel integracji pionowej uważał on oszczędzanie na kosztach transakcyjnych[20]. Stanowisko O.E. Williamsona prezentowane jest w tym miejscu obszerniej, ponieważ w literaturze ekonomicznej dotyczącej separacji pionowej w branżach infrastrukturalnych dość powszechnie twierdzi się, iż powoduje ona „wymienność" między korzyściami z zwiększonej konkurencji a większymi kosztami koordynacji pionowej[21]. Oszczędzanie na kosztach transakcyjnych jest powodem i celem funkcjonowania rynku, ale również państwo musi uwzględnić ten czynnik w swym wyborze i przejawić „szacunek dla cech organizacyjnych".

Szczegółowe doświadczenia branży kolejowej zdają się wskazywać, że jakkolwiek ostateczna ocena kosztów separacji strukturalnej związanych z koordynacją pionową zależy od uwarunkowań rynkowych (popyt na przewozy, liczba i siła nowych wejść na rynki przewozowe), to wzrost kosztów pionowej koordynacji procesu produkcyjnego związany jest raczej z samym otwarciem zasobów infrastrukturalnych przedsiębiorstwa zasiedziałego, niż z wyborem tego czy innego rozwiązania w tym zakresie, a zatem „otwartego dostępu" lub jakiejś formy separacji strukturalnej[22].

Jeśli z doświadczeń tych płynie dla branży telekomunikacyjnej jakiś wniosek, to jest on zapewne następujący. Zasadniczym dylematem regulacyjnym dotyczącym nowo powstających rynków, takich jak rynek sieci NGA, nie jest dylemat czy konkurencję usługową prowadzić w oparciu o „otwarty dostęp", czy też separację funkcjonalną. Znacznie istotniejsze jest czy w ogóle prowadzić tam konkurencję usługową, czy też zdecydować, że konkurencja rozwijać ma się w oparciu o alternatywne zasoby infrastrukturalne. A zatem, używając terminologii stosowanej w branży telekomunikacyjnej, czy wybrać podejście regulacyjne (*regulation approach*), czy też nieregulacyjne (*non-regulation approach*).

Ta ostatnia kwestia dyskutowana jest również w kontekście osiągania równowagi pomiędzy efektywnością statyczną i dynamiczną rynków telekomunikacyjnych. Liberalizacja rynków telekomunikacyjnych, realizowana za pomocą konkurencji usługowej, sprzyja osiąganiu tej pierwszej. Nasilona konkurencja obniża jednak zyski operatorów, a przez to negatywnie oddziałuje na ich skłonność do inwestycji, w tym również w sieci nowej generacji[23]. Przeciwdziałać temu niekorzystnemu zjawisku ma wspomniana na wstępie doktryna oparta na teorii drabiny inwestycyjnej (*Ladder of Investment approach*), w myśl której konkurencja usługowa ma być jedynie kładką (*stepping-stone*) umożliwiającą nowym operatorom budowę własnych sieci i w rezultacie konkurencję infrastrukturalną. Ożywiona debata na temat tego czy teoria ta działa w praktyce nie przyniosła jednak jeszcze rozstrzygnięcia[24].

W transporcie kolejowym konkurencja usługowa na rynkach niższego szczebla (*downstream*) nie powinna mieć teoretycznie negatywnego wpływu na decyzje dotyczące inwestycji w infrastrukturę kolejową – jej rozbudowę, modernizację i utrzymanie. Infrastruktura ta stanowi własność publiczną, a inwestycje w nią jedynie w części finansowane są wpływami z tytułu opłat za

[19] „Twierdzę, że zwykle istnieje kilka alternatywnych sposobów, w których technologię można z większą korzyścią traktować jako czynnik ograniczający liczbę dających się zastosować sposobów. Ostateczny wybór uruchamia zatem ocenę kosztów transakcyjnych"; ibidem, s. 99.

[20] Ibidem, s. 95.

[21] Koordynacja w zliberalizowanych branżach sieciowych jest zaś problemem z zakresu kosztów transakcyjnych.

[22] Por. M. Król, *Benefits and Costs of Vertical Separation in Network Industries. The Case of Railway Transport in the European Environment*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies", 2009, vol. 2(2).

[23] Mechanizm ten prezentuje np.: P.L. Parcu, V. Silvestri, *Electronic communications policy in Europe: An overwiew of past and future problems*, „Utilities Policy" 2014, vol. 31.

[24] Ibidem.

jej wykorzystanie. Pozostała część kosztów inwestycji infrastrukturalnych finansowana jest przez państwo. Może to dotyczyć nie tylko jej rozbudowy i modernizacji, które z zasady realizowane są w ramach wieloletnich narodowych programów inwestycyjnych, lecz także utrzymania. Decyzję o liberalizacji rynków przewozowych w transporcie kolejowym władza publiczna podejmuje w przekonaniu, iż działanie takie jest słuszne, nie powinna ona zatem skutkować obniżeniem jej skłonności do inwestowania w nią. Natomiast zastosowanie w toku liberalizacji separacji strukturalnej może mieć korzystny wpływ na proces inwestycyjny w tym obszarze, ponieważ sprzyja budowie przejrzystego systemu subsydiowania infrastruktury kolejowej.

W praktyce decyzje inwestycyjne państwo deleguje na zarządcę infrastruktury. Z tego powodu jest rzeczą istotną, by udział państwa w finansowaniu infrastruktury był temu ostatniemu znany *ex ante*, by nie podlegał on znacznym wahaniom z roku na rok i by władza publiczna wywiązywała się ze swych zobowiązań w tym zakresie. W przeciwnym wypadku może on uznać, iż ryzyko inwestycji w rozbudowę i modernizację sieci jest zbyt duże[25].

Czy płyną z tego jakieś wnioski dla branży telekomunikacyjnej? Wydaje się, że tak. Powyższe obserwacje dotyczące praktyki gospodarczej w branży kolejowej mogą stanowić argument za współfinansowaniem przez państwo rozbudowy sieci NGA. Finansowanie ze środków publicznych tych sieci uważane jest nadal w literaturze za dość kontrowersyjne, a nawet trudne do uzasadnienia[26]. Pomimo iż na świecie kilka państw realizuje takie programy inwestycyjne (Australia, Nowa Zelandia, Stany Zjednoczone, Korea), państwa europejskie – z wyjątkiem Francji – są na razie znacznie bardziej powściągliwe w tym zakresie[27].

Bibliografia

Avenali Alessandro, Matteucci Giorgio, Reverberi Pierfrancesco. 2014. "*Broadband investment and welfare under functional and ownership separation*". Information Economics and Policy 2014 (28): 70–82.

Brito Duarte, Pereira Pedro, Vareda Joao. 2011. "*An assessment of the equality of access and no-regulation approaches to the next generation networks*". Telecommunications Policy 2011(35): 818–826.

Brunekreeft Gert. 2015. "*Network unbundling and flawed coordination: Experience from the electricity sector*". Utilities Policy 2015 (34): 11–18.

Chandler Alfred D. 1977. The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business, Cambridge, Harvard University Press.

Gómez-Ibáñez Jose A. 2003. Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion. Cambridge, Harvard University Press.

Howell Bronwyn, Meade Richard, O'Connor Seini. 2010. "*Structural separation versus vertical integration: Lessons for telecommunications from electricity reform*". Telecommunications Policy 2010 (34): 392-403.

Kongaut Chatchai, Bohlin Erik. 2014. "*Unbundling and infrastructure competition for broadband adoption: Implications for NGA regulation*". Telecommunications Policy 2014 (38): 760–770.

[25] Te ważne postulaty dotyczą w równym stopniu subsydiowania infrastruktury będącej w gestii zarządcy, jak i pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa zasiedziałego.

[26] Ch. Kongaut, E. Bohlin, *Unbundling and infrastructure competition for broadband adoption: Implications for NGA regulation*, „Telecommunications Policy" 2014, vol. 38.

[27] E.-O. Ruhle, I. Brusic, J. Kittl, M. Ehrler, *Next Generation Access (NGA) supply side interventions – An international comparison*, „Telecommunications Policy" 2011, vol. 35.

Król Marcin. 2009. "*Benefits and Costs of Vertical Separation in Network Industries. The Case of Railway Transport in the European Environment*". Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies. 2009 2(2): 169–191.

Nowakowski Marek (red.). 2000. Biznes międzynarodowy – obszary decyzji strategicznych. Warszawa. Wydawnictwo Key Text.

Parcu Pier L., Silvestri Virginia, "*Electronic communications policy in Europe: An overwiew of past and future problems*". Utilities Policy 2014 (31): 246–255.

Piątek Stanisław. 2010. *„Polityka regulacyjna dotycząca sieci dostępowych nowej generacji".* Telekomunikacja i Techniki Informacyjne". 2010 (3–4): 47–63.

Prud'homme Remy. 2003. Les services publics. Paryż. Institute de l'Entreprise.

Ruhle Ernst-Olav, Brusic Igor,. Kittl Jorg, Ehrler Matthias. 2011. "*Next Generation Access (NGA) supply side interventions – An international comparison*". Telecommunications Policy 2011 (35): 794–803.

Stigler George. 1951. "*The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market*". Journal of Political Economy 1951 (59): 185–193.

Teppayayon Orada, Bohlin Erik. 2010. "*Functional separation in Swedish broadband market: Next step of improving competition*". Telecommunications Policy" 2010 (34): 375–383.

Williamson Oliver E. 1975. Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organizations. Nowy Jork. Free Press.

Williamson Oliver E. 1998. Ekonomiczne instytucje kapitalizmu. Firmy, rynki, relacje kontraktowe. Warszawa. Wydawnictwo Naukowe PWN.

Andrzej Nałęcz*

Neutralność sieciowa

Spis treści

I. Pojęcie neutralności sieciowej
II. Podstawowe wymagania ochrony neutralności sieciowej
III. Zagrożenia dla neutralności sieciowej
  1. Zarządzanie ruchem
  2. Dążenia do zmiany obecnego modelu biznesowego działalności operatorów sieci
  3. Mała skuteczność reguł o przejrzystości w umowach między dostawcami usług a użytkownikami końcowymi
IV. Neutralność sieciowa a ochrona prywatności
V. Potrzeba ustanowienia nowych przepisów o neutralności sieciowej
  1. Holandia i Słowenia
  2. Projekty rozporządzeń unijnych
VI. Wnioski

Streszczenie

Neutralność sieciowa oznacza jednakowe traktowanie wszystkich komunikatów przesyłanych w sieci Internet niezależnie od treści, wykorzystanej aplikacji lub usługi, urządzenia oraz adresu nadawcy i odbiorcy. Neutralność sieciowa służy rozwojowi innowacyjnych treści i aplikacji w Internecie oraz ochronie wolności słowa i komunikowania się. Jej podstawowymi gwarancjami są: konkurencja i przejrzystość rynku usług dostępu do Internetu oraz łatwość zmiany dostawcy usług. Do współczesnych zagrożeń neutralności zaliczają się praktyki polegające na zarządzaniu ruchem w publicznych sieciach telekomunikacyjnych, integracja pionowa sieci z treściami i aplikacjami, *zero-rating*, a także dążenia do zmiany modelu biznesowego działalności operatorów sieci. Środki techniczne stosowane przy zarządzaniu ruchem mogą także zagrażać ochronie prywatności. Odpowiedzią na te zagrożenia stały się przepisy uchwalone w niektórych państwach członkowskich UE. Stosowne rozporządzenie ma zostać również przyjęte na poziomie unijnym.

Klasyfikacja i słowa kluczowe**:** K23; Internet; neutralność sieciowa; zarządzanie ruchem; *zero-rating*; regulacja; operator; dostawca treści i aplikacji; użytkownik końcowy.

* Doktor, adiunkt na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: ANalecz@wz.uw.edu.pl.

I. Pojęcie neutralności sieciowej

Nie istnieje żadna oficjalna ani ostateczna definicja neutralności sieciowej[1]. W szczególności w aktualnym stanie prawnym brakuje definicji legalnej tego pojęcia w Unii Europejskiej[2], w tym i w Polsce. Wiele wyjaśnia niezwykle prosty opis stosowany przez Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: BEREC) – neutralność sieciowa oznacza, że wszystkie elektroniczne komunikaty przesyłane w sieci Internet traktowane są jednakowo. Innymi słowy, każdy komunikat podlega takiemu samemu traktowaniu niezależnie od jego treści, wykorzystanej aplikacji lub usługi, urządzenia i adresu nadawcy lub odbiorcy[3].

Stosując terminologię z polskiego prawa telekomunikacyjnego, można powiedzieć, że idea neutralności sieciowej odnosi się do relacji zachodzących pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi – w szczególności operatorami – a użytkownikami końcowymi, przy czym chodzi tu o użytkowników końcowych będących zarówno konsumentami, jak i tych, którzy wykorzystują Internet do prowadzenia własnej działalności gospodarczej, nie polegającej jednak na świadczeniu usług telekomunikacyjnych. By dobrze zrozumieć ideę neutralność sieciowej trzeba także wprowadzić pojęcia niewystępujące w polskim prawie stanowionym, a wykorzystywane w sferze regulacji działalności telekomunikacyjnej. W szczególności chodzi o pojęcie dostawcy treści i aplikacji (*content and application provider*, CAP), czyli np. twórców stron internetowych, oferujących innym użytkownikom końcowym – najczęściej gospodarstwom domowym, ale też przedsiębiorcom – rozmaite usługi i aplikacje[4], niebędące usługami telekomunikacyjnymi. Dla uniknięcia wątpliwości, w dalszej części tekstu „dostawca usług" będzie oznaczał dostawcę usług dostępu do sieci Internet w publicznej sieci telekomunikacyjnej (przy czym dostawca usług może wykorzystywać własną sieć lub sieć innego operatora); „dostawca treści i aplikacji" – podmiot, często o statusie przedsiębiorcy, udostępniający użytkownikom końcowym różne usługi lub aplikacje za pośrednictwem sieci Internet, np. poprzez swoją stronę internetową; wreszcie „użytkownik końcowy" – podmiot uzyskujący za pośrednictwem sieci Internet dostęp do usług i aplikacji oferowanych przez dostawców treści i aplikacji (użytkownikiem końcowym jest więc w tym ujęciu z reguły konsument).

Podaje się liczne argumenty przemawiające za potrzebą ochrony neutralności sieciowej. Względnie mało przekonujący jest argument historyczny, w którym podnosi się, że Internet powstał jako zdecentralizowany środek komunikacji i nawiązywania kontaktów[5], a skoro tak, to ten stan powinien być podtrzymywany. Dużo większą siłę ma argument wskazujący na rolę Internetu w rozwoju innowacyjnych usług i aplikacji. Każdy użytkownik końcowy usługi dostępu do Internetu jest potencjalnym dostawcą treści i aplikacji, które w Internecie – przy zachowaniu jego otwartego charakteru – może zaprezentować szerokiemu gronu odbiorców – wszystkich innych użytkowników końcowych, bez czynienia wielkich nakładów finansowych lub pokonywania barier wejścia na rynek[6]. Zwracał na to uwagę także Prezes UKE, wskazując, że „w interesie użytkowników

[1] *Position Paper on Net Neutrality*, RTR, Fachbereich Telekommunikation und Post, 2013. Pozyskano z: https://www.rtr.at/en/tk/RTRPosition2013/29662_RTR_Position_Paper_Net_Neutrality.pdf (20.08.2015), s. 4.

[2] Ibidem.

[3] Draft *BEREC Guidelines on Net Neutrality and Transparency: Best practices and recommended approaches*, BoR (11)44. Pozyskano z: http://berec.europa.eu/files/news/consultation_draft_guidelines.pdf (12.06.2015).

[4] *Report to Parliament and the Government on Net Neutrality*, ARCEP 2012. Pozyskano z: http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-parlement-net-neutrality-sept2012-ENG.pdf (31.08.2015), s. 11.

[5] *Report to Parliament*..., s. 9.

[6] Zob. *Position Paper on Net*..., s. 4.

Internetu jest istnienie i prowadzenie działalności przez jak największą liczbę przedsiębiorców konkurujących pomiędzy sobą o użytkowników Internetu. W ten sposób użytkownicy będą mieli zapewniony szeroki wybór oferowanych usług i treści internetowych”[7]. Otwarty Internet wzmacnia też korzystanie z praw i wolności człowieka i obywatela, w szczególności wolności słowa i komunikowania się[8]. Jest charakterystyczne, że blokowanie czy ograniczanie dostępu do określonych treści w Internecie stosuje się w państwach niedemokratycznych, nieszanujących indywidualnych praw i wolności, np. w Korei Północnej[9] i Chinach[10].

Padają też argumenty za odsunięciem neutralności sieciowej na dalszy plan, prowadzące do nadania większego znaczenia usługom wyspecjalizowanym, zapewniającym dostęp do pewnych treści i aplikacji na określonym, wysokim poziomie jakościowym. Chodzi np. o usługi dostępu do treści wideo, wideokonferencje i gry sieciowe[11]. Wiązałyby się z tym dodatkowe opłaty. Szacuje się, że zapewnienie takiej samej jakości wszystkim aplikacjom wymagałoby inwestycji w infrastrukturę wyższych o 60% niż w przypadku zagwarantowania podwyższonej jakości wyłącznie aplikacjom wyspecjalizowanym[12].

II. Podstawowe wymagania ochrony neutralności sieciowej

Zdaniem BEREC nie można mówić o neutralności sieciowej bez spełnienia co najmniej trzech warunków: przejrzystości, konkurencji na rynku dostępu do Internetu oraz ograniczenia barier w zakresie zmiany dostawcy usług dostępu do Internetu[13]. Przejrzystość odnosi się do informowania użytkowników końcowych o warunkach umownych. Należy je przedstawiać w sposób łatwo dostępny i zrozumiały, bez stosowania określeń specjalistycznych, niejasnych dla przeciętnego użytkownika końcowego. Trzeba przy tym ograniczać się do podawania jednoznacznych informacji mających realne znaczenie dla usługi dostępu do Internetu. Sposób przedstawienia informacji powinien umożliwiać łatwe porównanie różnych usług oferowanych przez jednego dostawcę usług, jak też zestawienie tychże z usługami jego konkurentów. Podawane dane powinny być aktualne i dokładne[14]. Przejrzystość może być jednak pozbawiona znaczenia, jeżeli rynek usług dostępu do Internetu nie jest konkurencyjny. Tylko w warunkach realnej konkurencji użytkownik końcowy może wybrać spośród wielu oferowanych usług dostępu do Internetu tę, która najlepiej odpowiada jego potrzebom[15]. Ważne jest także, by nie występowały istotne bariery dla zmiany dostawcy usług[16].

Obecne europejskie ramy regulacyjne dla telekomunikacji co do zasady umożliwiają wypełnienie powyższych trzech warunków. W szczególności wskazują na to operatorzy sieci i dostawcy usług zrzeszeni w ETNO (*European Telecommunications Network Operators' Association*,

[7] Decyzja Prezesa UKE z 10.07.2006 r., DRT-SMP-6072-1/05 (37), s. 18.

[8] *Position Paper on Net*..., s. 4.

[9] D. Lee, *North Korea: On the net in world's most secretive nation*. Pozyskano z: http://www.bbc.com/news/technology-20445632 (15 lipca 2015).

[10] M. Xuecun, *Scaling China's Great Firewall*. Pozyskano z: http://www.nytimes.com/2015/08/18/opinion/murong-xuecun-scaling-chinas-great-firewall.html?_r=0 (19.08.2015).

[11] H.W. Friederiszick, J. Kałużny, S. Kohnz, M. Grajek, and L.-H. Röller, *Assessment of a Sustainable Internet Model for the Future*, ESMT White Paper WP-11-01, s. 9.

[12] Ibidem, s. 10.

[13] *Draft BEREC Guidelines on Net*…, s. 3.

[14] Ibidem, s. 3–5, 13–14.

[15] Ibidem, s. 9.

[16] Ibidem.

Europejskie Stowarzyszenie Operatorów Sieci), których zdaniem nie istnieje potrzeba tworzenia nowych przepisów o neutralności sieci[17]. ETNO podnosi, że wystarczające byłyby dawanie „silnych wskazówek" poprzez rekomendacje[18].

Mimo tych zapewnień wydaje się, że istnieją obecnie poważne zagrożenia dla neutralności sieciowej.

III. Zagrożenia dla neutralności sieciowej

1. Zarządzanie ruchem

Niewątpliwym zagrożeniem dla neutralności sieci jest niejednolite traktowanie przez dostawców usług dostępu do Internetu różnych treści, usług i aplikacji. Może to polegać na blokowaniu, ograniczaniu albo – przeciwnie – ustanawianiu preferencyjnego dostępu do nich[19]. Praktyki takie nazywa się z reguły „zarządzaniem ruchem" (*traffic management*). Skala tego zjawiska została zbadana przez BEREC w 2012 r., przy czym skoncentrowano się na usługach P2P (*peer to peer*, czyli wymianie plików między komputerami podłączonymi do Internetu, bez korzystania z centralnego serwera) oraz VoIP (*voice over Internet protocol*, czyli komunikacji głosowej realizowanej za pośrednictwem protokołu internetowego) w kontekście szerokopasmowego dostępu do Internetu. W sieciach stacjonarnych, z blokowaniem lub ograniczaniem usług P2P musi liczyć się 21% użytkowników końcowych, 78% spośród nich te restrykcje nie dotyczą (o pozostałym 1% brak jest jednoznacznych danych)[20]. Liczby te wynoszą odpowiednio 36%, 58% i 6% dla sieci mobilnych. Jeśli zaś chodzi o blokowanie lub ograniczanie usług VoIP – dotyczy to 21% użytkowników sieci mobilnych, 61% nie podlega ograniczeniom, a o 18% brakuje danych. W sieciach stacjonarnych usługi VoIP w ogóle nie są ograniczane ani blokowane[21].

Jednak zarządzanie ruchem dotyczy nie tylko P2P lub VoIP, lecz także innych treści, usług lub sposobów korzystania z dostępu do Internetu. Na potrzeby badania BEREC zaliczono do tej kategorii np. blokowanie konkretnych stron internetowych, protokołów internetowych lub portów protokołów. Według BEREC, w odniesieniu do sieci stacjonarnych, dostawcy usług posiadający 1,9 mln abonentów w UE blokowali lub ograniczali wszystkim z nich dostęp do określonych treści i usług innych niż P2P lub VoIP, natomiast dostawy posiadający 5 mln abonentów stosowali tego rodzaju restrykcje w stosunku do przynajmniej części abonentów (badaniem objęto dostawców usług posiadających łącznie 146,4 mln abonentów w sieciach stacjonarnych w UE). W sieciach mobilnych liczby te wyniosły odpowiednio 22,1 mln oraz 31,9 mln (przy 212,9 mln abonentów w UE objętych badaniem)[22].

BEREC ustalił także, ilu abonentom oferuje się preferencyjny dostęp do wybranych usług. Badaniem BEREC objęto tzw. treści i usługi *over-the-top* (OTT), czyli co do zasady takie, które dostawca usług dostępu do Internetu dostarcza od ich wytwórcy do użytkownika końcowego,

[17] R. Nigge, *Delivering the open internet to EU citizens*, prezentacja przedstawiona na EU Net Neutrality Summit 11.11.2010 r.

[18] Wypowiedź L. Gambardelli z ETNO na konferencji *Guaranteeing open competition and the open Internet in Europe*, 4.07.2013 r. Pozyskano z: https://www.etno.eu/datas/press_corner/Speeches/Net%20Neutrality%204%20June%202013%20Luigi%20Gambardella%20Speech.pdf (8.09.2015).

[19] *Position Paper on Net...*, s. 10–13.

[20] *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe. Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation*, BoR, (12)30. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf (20.06.2015), s. 21.

[21] Ibidem.

[22] Ibidem, s. 18.

jednak bez ingerencji w ich treść[23]. Przykładami dostawców treści i usług OTT są Youtube lub Netflix. Dostawcy usług w sieciach stacjonarnych posiadający 4,6 mln abonentów oferują takie świadczenia wszystkim z nich – a posiadający 8,8 mln abonentów – tylko niektórym. W sieciach mobilnych liczby te wyniosły odpowiednio 11,4 mln oraz 0,9 mln[24].

BEREC zwraca uwagę, że w rzeczywistości problem blokowania i ograniczania usług P2P oraz VoIP ma mniejsze znaczenie, niż wskazywałyby powyższe dane. W szczególności zarządzanie P2P dotyczy często tylko „godzin szczytu" w ruchu internetowym i wiąże się z zapobieganiem przeciążeniu sieci[25]. Ponadto, w niektórych przypadkach, głównie w sektorze mobilnym, blokowanie i ograniczanie poszczególnych usług i aplikacji, a także preferencyjne traktowanie innych ma wyłącznie charakter „wirtualny" – choć dostawcy usług przewidują możliwość tego typu działań w umowach zawieranych z użytkownikami końcowymi, to nie idzie za tym ustanowienie środków technicznych do realnej implementacji restrykcji[26]. Zgodnie z ustaleniami BEREC, wśród dostawców usług stosujących jakiekolwiek restrykcje w sektorze mobilnym aż 44% decyduje się wyłącznie na środki umowne w odniesieniu do VoIP oraz 12% – w odniesieniu do P2P[27].

Choć dane zebrane przez BEREC nie wskazują na masową skalę ustanawiania przez dostawców usług systemu restrykcji albo preferencji w stosunku do określonych treści i aplikacji, to jednak zjawisko to niewątpliwie występuje w praktyce i nie można go ignorować, biorąc pod uwagę potencjał rozwoju innowacyjnych usług i aplikacji, a także potrzebę ochrony wolności słowa i komunikowania się.

Przez wiele lat rozwój Internetu charakteryzowało rozdzielenie warstwy sieci od warstwy treści i aplikacji – jedne podmioty występowały w charakterze operatorów i dostawców usług, inne zaś – w charakterze dostawców treści i aplikacji. Współcześnie podział ten częściowo zaciera się[28]. Dochodzi do tzw. pionowej integracji, czyli wkraczania dostawców usług w obszar dostawy treści i aplikacji[29] (lub odwrotnie – ekspansji dostawców treści i aplikacji na rynek dostawy usług)[30]. Stanowi to potencjalne zagrożenie dla innowacyjności treści i aplikacji znajdowanych w Internecie oraz dla konkurencji pomiędzy oferującymi je podmiotami. Dostawca usług, będący zarazem dostawcą treści i aplikacji, może być skłonny ograniczać dostęp do konkurencyjnych rozwiązań lub stosować preferencje w dostępie do własnych. U zasiedziałych operatorów sieci występuje oczywisty konflikt interesów związany z oferowaniem zarówno otwartego dostępu do Internetu, jak i ich własnych usług dodatkowych (takich jak np. usługi wideo) czy też usług dodatkowych ich partnerów[31].

Podobnym działaniem jest tzw. *zero-rating*, czyli oferowanie w sieciach mobilnych nielimitowanego dostępu do pewnych wybranych usług lub aplikacji, przy ograniczeniu dostępu do

[23] G. Hall, *Why 2011 Is Being Called The Year Of "The Cable Cut"*. Pozyskano z: http://www.businessinsider.com/what-will-it-take-to-make-over-the-top-video-successful-2010-12 (2.09.2015).

[24] Ibidem.

[25] Ibidem, s. 22.

[26] Ibidem, s. 23.

[27] Ibidem, s. 15–16.

[28] *BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, BoR, (10)42, 2010. Pozyskano z: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/188-berecs-response-to-the-european-commissi_0.pdf (1.09.2015), s. 4.

[29] Ibidem.

[30] Google, tradycyjnie będący dostawcą treści i aplikacji, intensywnie rozwija w USA własną, publiczną sieć telekomunikacyjną, oparta na technologii światłowodowej; zob. https://fiber.google.com/about/ (1.09.2015 r.). Program budowy sieci z wykorzystaniem dronów i satelitów ogłosił także Facebook; zob. https://www.facebook.com/zuck/posts/10101322049893211 (1.09.2015).

[31] Ustalenia fińskiej firmy konsultingowej Rewheel, dostępne pod adresem http://dfmonitor.eu/ (9.09.2015).

wszystkich pozostałych usług i aplikacji określonym limitem danych do wykorzystania w okresie rozliczeniowym, najczęściej miesięcznym. Innymi słowy, *zero-rating* polega na ustaleniu przez operatora listy wyjątków od limitu danych do wykorzystania przez użytkownika końcowego w okresie rozliczeniowym. Rozwiązanie takie wydaje się korzystne dla użytkownika, gdyż zapewnia mu nieograniczony dostęp do pewnych usług i aplikacji, np. określonego serwisu społecznościowego, muzycznego albo audiowizualnego. Zarazem jednak stanowi to swoiste uprzywilejowanie wybranych usług i aplikacji, z potencjalną szkodą dla pozostałych. Może to wpływać negatywnie na rozwój innowacyjnych rozwiązań, oferowanych w ramach treści i aplikacji nieobjętych *zero-ratingiem*. Już w 2010 r. zwrócono uwagę, że faworyzowanie wybranych treści i aplikacji przez dostawców usług może szkodzić konkurencji i innowacji wśród dostawców treści i aplikacji[32]. Problem *zero-ratingu* dotyczy w praktyce wyłącznie sieci mobilnych, gdyż współcześnie raczej nie spotyka się już w stacjonarnych publicznych sieciach telekomunikacyjnych ofert dostępu do Internetu z ustalonym przez dostawcę usług limitem danych do wykorzystania. W 2012 r. BEREC ustalił, że limity danych spotykane są bez porównania częściej w sieciach mobilnych (dotyczyło to wówczas 83% dostawców usług mobilnych) niż w stacjonarnych[33]. Potwierdza te ustalenia analiza aktualnej oferty największego dostawcy usług stacjonarnego dostępu do Internetu w Polsce[34].

Jednak w sieciach mobilnych *zero-rating* stosowany jest dość często – badania przeprowadzone przez fińską firmę konsultingową Rewheel w czwartym kwartale 2014 r. wskazują, że w Europie wśród państw OECD usług mobilnego dostępu bez *zero-ratingu* nie oferuje się wyłącznie w Finlandii, Norwegii, Islandii, Estonii, Łotwie, Litwie i na Malcie[35]. Badanie ujawniło także, że operatorzy, którzy w 2014 r. wprowadzili do swej oferty serwisy wideo na zasadach *zero-ratingu* zarazem podnieśli ceny otwartego dostępu do Internetu. Co prawda *zero-rating* w normalnych warunkach nie prowadzi do blokowania lub ograniczania dostępu użytkowników końcowych do usług i aplikacji. Restrykcje powstaną dopiero z chwilą wyczerpania przez użytkownika końcowego limitu danych w okresie rozliczeniowym. Od tego momentu usługa lub aplikacja objęta *zero-ratingiem* jest w sposób oczywisty faworyzowana, gdyż korzystanie z oferty jej konkurentów jest wówczas spowolnione albo wiąże się z dodatkowymi opłatami za transfer danych, co musi budzić poważne wątpliwości.

Przykładowo, objęcie *zero-ratingiem* określonego serwisu treści wideo oznacza, że użytkownik końcowy – po wyczerpaniu przysługującego mu w okresie rozliczeniowym limitu danych – mógłby korzystać bez ograniczeń z tego właśnie serwisu, a z innych albo w sposób spowolniony, co jest skrajnie niepraktyczne, albo ponosząc dodatkowe opłaty, co jest z kolei skrajnie nieopłacalne.

2. Dążenia do zmiany obecnego modelu biznesowego działalności operatorów sieci

Z zagadnieniem neutralności sieciowej wiąże się dyskusja o tzw. łańcuchu wartości w Internecie, czyli – w uproszczeniu – o podziale wartości pomiędzy trzech głównych interesariuszy: 1) użytkowników końcowych, będących konsumentami treści, aplikacji i usług; 2) dostawców treści, aplikacji

[32] *Report on the public consultation on 'The open internet and net neutrality in Europe'*, Komisja Europejska 2010. Pozyskano z: http://www-sop.inria.fr/members/Eitan.Altman/PAPERS/report-consult-eu.pdf (1.09.2015), s. 2.

[33] *A view of traffic management and…*, s. 7.

[34] W aktualnej ofercie Orange Polska dotyczącej Internetu stacjonarnego dla gospodarstw domowych żadna z usług nie jest ograniczona limitem transferu danych; zob. http://www.orange.pl/kid,4002009501,id,4002235565,title,Neostrada,article.html (31.08.2015).

[35] *EU28 & OECD mobile internet access competitiveness report Q4 2014*. Pozyskano z: http://dfmonitor.eu/insights/2014_nov_premium_q4_update/ (9.09.2015)

i usług oraz 3) dostawców usług dostępu do Internetu, czyli w tym kontekście przede wszystkim operatorów sieci[36]. Operatorzy sieci podnoszą, że wobec ciągłego wzrostu ruchu w Internecie oraz wobec rosnącego zapotrzebowania użytkowników końcowych na treści i aplikacje wymagające transferu znacznej ilości danych lub niskiego opóźnienia tego transferu, nie do utrzymania jest obecny model biznesowy działalności operatorów, w którym obok opłat za połączenie z Internetem nie pobiera się dodatkowych opłat za generowany przez użytkownika ruch w sieci. Operatorzy ponoszą wysokie wydatki inwestycyjne, zarazem osiągając niższą stopę zwrotu z poczynionych inwestycji niż inni uczestnicy łańcucha wartości, a w szczególności dostawcy treści i aplikacji. Operatorzy podkreślają, że w ich opinii dostawcy treści i aplikacji nie są zainteresowani łożeniem na obsługę generowanego przez siebie ruchu i zadowalają się podłączeniem do najbliższego punktu połączenia sieci. Operatorzy postulują w związku z tym wprowadzenie nowych rozwiązań, spośród których w największym stopniu zdaje się im odpowiadać model ponoszenia opłat przez dostawców treści i aplikacji za generowany w sieci ruch[37].

Stanowisko operatorów bywa jednak dość przekonująco krytykowane. Wskazuje się, że o ile rzeczywiście stopy zwrotu inwestycji w infrastrukturę sieciową są niskie, o tyle niekoniecznie jest to zjawisko niewłaściwe. W szczególności wiąże się to z różnym poziomem ryzyka doświadczanego przez uczestników łańcucha wartości. Ryzyko operatorów sieci jest dużo niższe niż dostawców usług i aplikacji. Operatorzy zasiedziali sprzed dwudziestu lat ciągle odgrywają wiodącą rolę na swoich rynkach[38], podczas gdy lista najpopularniejszych stron internetowych w tym samym czasie zmieniała się ciągle i to w wielkim stopniu[39]. Podkreśla się także, że mimo deklarowanych przez operatorów rosnących wydatków inwestycyjnych, koszty technologii sieciowych spadają, czego dobrym dowodem jest koszt tranzytu w połączonych sieciach, który od 1998 r. spada o 37% rocznie[40]. Rośnie liczba użytkowników łączy szerokopasmowych i generowany przez nich w Internecie ruch, ale równoczesny spadek cen urządzeń potrzebnych do rozbudowy sieci sprawia, że z punktu widzenia operatorów koszty na jednego użytkownika końcowego są względnie stabilne[41]. Co więcej, coraz więcej konsumentów wykupuje usługi dostępu do Internetu o wyższej przepustowości, ponosząc w związku z tym wyższe opłaty abonamentowe, co zwiększa przychody dostawców usług[42]. Nie jest też prawdą, że dostawcy treści i aplikacji nie inwestują w obsługę generowanego przez siebie ruchu w sieci. Wielu dużych dostawców treści i aplikacji korzysta z odpłatnych usług *content distribution networks* (CDN, sieć dystrybucji treści), efektywnie „przybliżając" swoje treści do użytkowników końcowych i odciążając w ten sposób rdzeń Internetu (*Internet backbone*). Niektórzy tworzą także własne sieci telekomunikacyjne (np. Google)[43]. Każdy dostawca treści i aplikacji

[36] Zob. Łańcuch wartości w Internecie *i potencjalne modele funkcjonowania rynku*, UKE 2010. Pozyskano z: https://uke.gov.pl/files/?id_plik=8044 (8.09.2015).

[37] Takie wnioski wynikają z lektury raportu *A Viable Future Model for the Internet*, przygotowanego w 2010 r. przez firmę konsultingową AT Kearney na zlecenie Deutsche Telekom, France Telecom-Orange, Telecom Italia oraz Telefonica. Zob. https://www.atkearney.com/documents/10192/4b98dac5-0c99-4439-9292-72bfcd7a6dd1 passim, (8.09.2015).

[38] R. Kenny, *Are traffic charges needed to avert a coming capex catastrophe? A review of the AT Kearney paper* A Viable Future Model for the Internet, 2011. Pozyskano z: http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1321365/17219601/1332252376690/TrafficChargesATKReview.pdf?token=Fjqw9aNKnEKZ7cXZDHj0bP%2BjYY8%3D (8.09.2015), s. 4–6.

[39] Ibidem. Por. Łańcuch *wartości...*, s. 6.

[40] Ibidem, s. 6.

[41] J. Scott Marcus, A. Monti, *Network operators and content providers: Who bears the cost?*, Wik Consult GmbH, Bad Honnef 2011, s. 61.

[42] R. Kenny, *Are traffic...*, s. 8. Według danych zebranych w raporcie implementacyjnym ram regulacyjnych dla telekomunikacji z 2015 r., udział połączeń szybszych niż 30 Mbps w ogólnej liczbie połączeń szerokopasmowych wzrósł z 9 do 26%, natomiast połączeń szybszych niż 100 Mbps z 2 do 9% (jest to średnia dla całej UE). Zob. *Implementation of the EU regulatory framework for electronic communication – 2015. Commission staff working document*, SWD (2015) 126 final. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=9990 (2.07.2015 r.), s. 4.

[43] Ibidem, s. 9–10.

ponosi koszty (czasem znaczne) związane z hostingiem i podłączeniem do sieci[44]. W przypadku wprowadzenia opłat za generowany ruch niezwykle skomplikowany musiałby też być system rozliczeń pomiędzy dostawcami treści i aplikacji, operatorami sieci i dostawcami usług[45]. Wynika to ze wieloczłonowej struktury Internetu, w którym kontakt pomiędzy poszczególnymi punktami końcowymi (np. pomiędzy jednym punktem końcowym należącym do dostawcy treści i aplikacji oraz drugim należącym do konsumenta) nawiązywany jest za pośrednictwem wielu połączonych sieci różnych operatorów[46]. Także BEREC zwrócił na to uwagę w raporcie o wpływie połączeń sieci na neutralność sieciową[47]. Z punktu widzenia rozważań nad neutralnością sieci najistotniejsze jest, że treści i aplikacje generujące wiele ruchu niekoniecznie są najbardziej zyskowne. Ich dostawcy mogliby więc mieć trudności z pokryciem dodatkowych opłat[48]. Co więcej, większość stron i serwisów internetowych dostępna jest bez opłat dla ich użytkowników, co tym bardziej stawia pod znakiem zapytania zdolność ich dostawców do ponoszenia opłat za generowany ruch, a zwiększenie przychodów z wyświetlanych na stronach internetowych reklam mogłoby nie być możliwe[49]. Ostatecznie więc wprowadzenie opłat za ruch umożliwiałoby operatorom sieci wykluczanie z rynku treści, aplikacji i usług pochodzących od niepłacących dostawców[50], co niweczyłoby neutralność sieciową i negatywnie odbiłoby się na użytkownikach końcowych.

Sami dostawcy treści, usług i aplikacji podkreślają zresztą przekonująco, że gdyby nie oni, to nie byłoby milionów klientów potrzebujących dostępu do Internetu – „wydawcy ponoszą znaczne wydatki na tworzenie treści będących przyczyną popularności sieci Internet. Jednocześnie wydawcy nie partycypują w korzyściach związanych ze sprzedażą dostępu do sieci Internet zarówno mobilnego, jak i stacjonarnego”[51]. Dostawcy treści, aplikacji i usług oraz operatorzy sieci odnoszą więc wzajemne korzyści ze swojej działalności. Nie może być mowy o swoistym „pasożytowaniu” dostawców treści na operatorach. By zacytować BEREC: „wszystko jest pokryte i opłacone w internetowym łańcuchu wartości” (*everything is covered and paid for in the Internet value chain*)[52].

3. Mała skuteczność reguł o przejrzystości w umowach między dostawcami usług a użytkownikami końcowymi

Mogłoby się wydawać, że wskazane wyżej zagrożenia neutralności sieciowej nie powinny mieć większego znaczenia w warunkach konkurencyjnego rynku usług dostępu do Internetu oraz możliwości zmiany dostawcy usług przez użytkownika końcowego, zwłaszcza w kontekście egzekwowania wymogów dotyczących przejrzystości w stosunkach między dostawcą usług a użytkownikiem końcowym. Użytkownik ma na podstawie obecnych ram regulacyjnych możliwość wyboru dowolnej, oferowanej na rynku usługi, a więc np. takiej, w której nie są stosowane restrykcje wobec treści i aplikacji. Jednak badania zdają się wskazywać, że użytkownicy końcowi co do zasady nie są zdolni do podejmowania racjonalnych decyzji co do wyboru odpowiedniej dla nich

[44] BoR (12) 33, BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality Draft report for public consultation, 29 May 2012. s. 48.

[45] Ibidem, s. 17.

[46] J. Scott Marcus, A. Monti, *Network*..., s. 71–73.

[47] BoR (12) 33, passim.

[48] R. Kenny, *Are traffic*..., s. 13.

[49] Ibidem, s. 14.

[50] N. Economides, J. Tåg, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, „Information Economics and Policy” 2012, No. 24, s. 92.

[51] *Stanowisko Agory S.A. w sprawie dokumentu UKE zatytułowanego „Łańcuch wartości w Internecie i potencjalne modele funkcjonowania rynku”*, 2011. Pozyskano z: https://uke.gov.pl/files/?id_plik=9732 (8.09.2015).

[52] BoR (12) 33, s. 48.

taryfy[53]. Potwierdza to eksperyment przeprowadzony w 2011 r. na zlecenie Ofcom, brytyjskiego regulatora telekomunikacyjnego, dotyczący zdolności wyboru najkorzystniejszego pakietu usług szerokopasmowego dostępu do Internetu. Ustalono, że konsumenci mają problemy z wyborem taryfy dopasowanej do określonych potrzeb. Są skłonni wybrać taryfę najdroższą, niezależnie od jej funkcjonalności. Przy podejmowaniu decyzji przeszkadzają podane w ofercie informacje dodatkowe, zbyt liczne i pozbawione istotnego znaczenia. Ważne jest podawanie wartości liczbowych dotyczących jakości połączenia, choć mniej zaawansowanym konsumentom pomaga uzupełnienie tych danych kolorami, symbolizującymi jakość (w eksperymencie użyto kolorów odpowiadających medalom w rywalizacji sportowej: złotego, srebrnego i brązowego), ale nawet przy zachowaniu tych dodatkowych warunków znaczna część uczestników eksperymentu wybierała inną taryfę, niż optymalna[54]. Wydaje się więc, że w dyskusji o neutralności sieciowej przecenia się znaczenie przejrzystości przy zawieraniu umów między dostawcami usług i użytkownikami końcowymi. Oczywiście jest ona potrzebna i trzeba w dalszym stopniu ją rozwijać, jednak nie należy też jej przesadnie fetyszyzować.

IV. Neutralność sieciowa a ochrona prywatności

Jednym z zagadnień związanych z neutralnością sieci jest kwestia ochrony prywatności, obejmująca także ochronę danych osobowych. By objaśnić ten związek, należy przedstawić w sposób skrócony techniczną stronę przesyłania informacji w Internecie. Są one dzielone na pakiety, z których każdy posiada dwie warstwy – nagłówek pakietu oraz dane do przesłania[55]. Posługując się analogią do listu pocztowego, nagłówek pakietu odpowiada kopercie, na której zapisano adresy nadawcy i odbiorcy, warstwa danych zaś jest odpowiednikiem wsuniętego do koperty listu[56]. Informacje zawarte w nagłówku („kopercie") gwarantują przekazanie komunikatu w odpowiednie miejsce – w przypadku Internetu poprzez system routerów. Z kolei informacje zawarte w warstwie danych („liście") przeznaczone są co do zasady wyłącznie dla odbiorcy komunikatu. Do zwykłego przekazywania komunikatów w Internecie wystarcza inspekcja pakietów ograniczona do ich nagłówków. Technicznie możliwa jest także tzw. głęboka inspekcja pakietów (*deep packet inspection*, DPI). Może ona polegać na ustalaniu rodzaju wykorzystywanego przez komunikat protokołu, czyli zestawu reguł służących nawiązaniu łączności między urządzeniami i wymianie danych. Istnieją różne rodzaje protokołów, wskazujące czy dany komunikat (pakiet) związany jest z przeglądaniem stron internetowych, przesyłaniem plików czy też nawiązywaniem komunikacji głosowej w Internecie[57]. DPI może także przybrać postać analizy warstwy danych pakietu, co prowadzi do poznania treści przekazywanego komunikatu[58] (w analogii do poczty tradycyjnej polegałoby to po prostu na odczytaniu znalezionego w kopercie listu przez pracownika poczty).

[53] *Position Paper on Net*..., s. 9.

[54] *Consumer information on Broadband Speed and Net Neutrality. Final Report*, London Economics in association with Steffen Huck and Brian Wallace, May 2011. Pozyskano z: http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/net-neutrality/statement/Consumer_information1.pdf (28.08.2015), s. 25–26.

[55] http://smurf.mimuw.edu.pl/external_slides/W5_Protokoly_warstwy_Internetowej_stosu_TCP-IP:_IP,_ICMP,_IGMP/Protokoly_warstwy_Internetowej_stosu_TCP_IP_IP_I.html (27 sierpnia 2015).

[56] *Opinion of the European Data Protection Supervisor on net neutrality, traffic management and the protection of privacy and personal data*. Pozyskano z: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2011/11-10-07_Net_neutrality_EN.pdf (28.06.2015), s. 7.

[57] *Opinion of the European*..., s. 8.

[58] Ibidem, s. 9.

W opinii Europejskiego Inspektora Ochrony Danych, sformułowanej na gruncie dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej[59], głęboka inspekcja pakietów jest co do zasady dopuszczalna wyłącznie w przypadku monitorowania sieci w celu zapewnienia jej bezpieczeństwa, np. w związku z walką z wirusami komputerowymi. Dla zwykłego przekazywania komunikatów w sieci oraz ochrony jej przed przeciążeniem dopuszczalna jest jedynie inspekcja nagłówków pakietów. Użytkownik może wyrazić jednak zgodę na monitorowanie i wykorzystanie danych transmisyjnych i treści komunikatów także w innych celach, np. w związku oferowaniem mu usług dostępu do Internetu z ograniczonym dostępem do pewnych treści i aplikacji, takich jak P2P[60]. Użytkownik musi udzielić zgody w sposób wolny, jednoznaczny (nie dorozumiany) i po przedstawieniu mu dokładnych i wyczerpujących informacji o sposobie i celu wykorzystania danych[61]. Biorąc pod uwagę skomplikowaną, techniczną naturę środków monitorowania komunikatów w sieci, można mieć wątpliwości co do rzeczywistego stopnia zrozumienia konsumentów tego, na co się godzą[62]. W przypadku niektórych komunikatów, takich jak wiadomość poczty elektronicznej, powstaje dodatkowy problem – dostawca usług mógł co prawda uzyskać zgodę użytkownika końcowego korzystającego z jego usług na monitorowanie komunikatów, ale uzyskanie zgody drugiego z podmiotów jest nierealne czy wręcz niemożliwe, jeżeli korzysta on z usług innego dostawcy[63].

Odejście od zasady neutralności sieciowej, w szczególności polegające na zarządzaniu ruchem, wymagałoby rozbudowanego systemu monitorowania komunikatów w Internecie, potęgując zasygnalizowane problemy.

V. Potrzeba ustanowienia nowych przepisów o neutralności sieciowej

Badania przeprowadzone w Stanach Zjednoczonych wskazują, że o ile w przypadku monopolu i duopolu na rynku usług dostępu do Internetu ustanowienie przepisów o neutralności sieci jest wskazane, o tyle w warunkach konkurencyjności tego rynku – a z nią właśnie mamy do czynienia w państwach członkowskich Unii Europejskiej – przepisy takie mogłyby ewentualnie wywołać negatywne skutki[64]. W Holandii i Słowenii uchwalono jednak ostatnio przepisy krajowe strzegące neutralności sieciowej. Również w wymiarze europejskim trwają prace nad rozporządzeniem, które unormowałoby zagadnienie neutralności sieciowej w sposób jednolity w całej UE.

1. Holandia i Słowenia

Nie czekając na uchwalenie nowych przepisów europejskich, dwa państwa członkowskie (Holandia i Słowenia) zdecydowały się na wzmocnienie ochrony neutralności sieciowej poprzez ustawodawstwo krajowe.

Pierwszym państwem w Unii Europejskiej, w którym uchwalono rozwiązania legislacyjne wymuszające neutralność sieciową, była Holandia w maju 2012 r.[65]. Zarówno operatorzy, jak i dostawcy usług nie mogą ani zakłócać, ani spowalniać aplikacji i usług w Internecie, poza

[59] Dz.U. L 201 z 31 lipca 2002 r., s. 37.

[60] *Opinion of the European...*, s. 12–13.

[61] Ibidem, s. 13–14.

[62] Por. ibidem, s. 14.

[63] Ibidem, s. 15–16.

[64] N. Economides, J. Tåg, *Network...*, s. 100.

[65] Dokonano tego ustawą z 10 maja 2012 r. – Wet van 10 mei 2012 tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen. Pozyskano z: http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20120604/publicatie_wet/document3/f=/vj01cmscwfzg.pdf (24.08.2015).

wymienionymi w ustawie przypadkami odnoszącymi się do ograniczania skutków przeciążenia sieci, jej bezpieczeństwa, ograniczenia przesyłania do użytkownika końcowego niechcianych treści (blokowanie takich treści może nastąpić wyłącznie za zgodą użytkownika) oraz wykonania decyzji sądu. Dostawcy usług nie mogą uzależniać ceny za usługę dostępu do Internetu od wykorzystywanych przy jej użyciu usług i aplikacji. Zakazano także głębokiej inspekcji pakietów[66]. Niedopuszczalny jest *zero-rating*[67]. Holenderski organ ochrony konkurencji, Autoriteit Consument & Markt (dalej: ACM)[68], niechętnie stosował przepisy o neutralności sieciowej, poddając je zwężającej interpretacji, co motywowano przekonaniem o braku potrzeby ich ustanowienia[69]. Doprowadziło to w maju 2015 r. do wydania wytycznych w zakresie neutralności sieciowej[70] przez holenderskiego ministra spraw gospodarczych, wskazujących na potrzebę szerokiej wykładni przepisów o neutralności sieciowej.

Drugim państwem członkowskim UE, w którym obowiązują przepisy o neutralności sieciowej, jest Słowenia, gdzie w grudniu 2012 r. uchwalono nową ustawę o komunikacji elektronicznej[71]. Art. 203 ustawy zatytułowany jest *Neutralność Internetu*. Nakazuje on organowi regulacyjnemu chronić otwarty i neutralny dostęp do Internetu oraz dostęp do informacji i ich rozpowszechniania. Regulator ma także stać na straży możliwości używania aplikacji i usług wybranych przez użytkowników końcowych. Z kolei operatorom oraz dostawcom usług zakazuje się ograniczać, opóźniać lub spowalniać ruch w Internecie w odniesieniu do poszczególnych usług lub aplikacji. Zakaz odnosi się także do ustanawiania środków ograniczania poszczególnych usług lub aplikacji, m.in. polegających na stosowaniu głębokiej inspekcji pakietów. Katalog wyłączeń od wskazanych zakazów jest analogiczny do ustanowionego w prawie holenderskim. Ustawa słoweńska zakazuje także uzależniania kształtu oferowanych użytkownikom końcowym usług dostępu do Internetu od wykorzystywanych przez użytkownika końcowego usług lub aplikacji, co prowadzi m.in. do zakazu stosowania *zero-ratingu*[72].

2. Projekty rozporządzeń unijnych

W 2013 r. przygotowano projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mającego na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniającego dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012 (dalej: projekt z 2013 r.)[73]. Prace legislacyjne nad projektem rozporządzenia miały burzliwy przebieg[74]. W ich efekcie w lipcu 2015 r. przedstawiono „tekst kompromisowy z nadzieją na porozumienie", tym razem pod nazwą rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego środki

66 Ł. Jachowicz, *Przyszłość internetu. Zarządzanie, neutralność i wolność słowa w sieci*, Centrum Cyfrowe Projekt: Polska, Warszawa 2013, s. 6.

67 A. Drossos, *The real threat to the open Internet is zero-rated content*. Pozyskno z: http://dfmonitor.eu/downloads/Webfoundation_guestblog_The_real_threat_open_internet_zerorating.pdf (9.09.2015), s. 1.

68 Od 1 kwietnia 2013 r. organ ochrony konkurencji pełni w Holandii także rolę organu regulacyjnego rynku telekomunikacji i poczty. Zob. https://www.acm.nl/nl/organisatie/organisatie/de-autoriteit-consument-en-markt/ (24.08.2015).

69 http://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/netherlands/net-neutrality-guidelines-in-the-netherlands-come-into-force (24.08.2015).

70 Besluit van de Minister van Economische Zaken van 11 mei 2015, nr. WJZ/15062267, houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 7.4a van de Telecommunicatiewet (Beleidsregel netneutraliteit). Pozyskano z: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2015-13478.html (24.08.2015).

71 Zakon o elektroniskih komunikacijah z 20 grudnia 2012 r. Pozyskano z: http://www.uradni-list.si/_pdf/2012/Ur/u2012109.pdf#!/u2012109-pdf (26.08.2015).

72 A. Drossos, *The real*..., s. 1.

73 COM (2013) 627.

74 C. Stupp, *Getting a telecoms deal: Harder than agreeing on Greece?*. Pozyskano z: http://www.euractiv.com/sections/infosociety/getting-telecoms-deal-harder-agreeing-greece-315874 (7.09.2015).

dotyczące otwartego Internetu i zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 531/2012 (dalej: projekt z 2015 r.)[75], znacznie odbiegający od pierwotnej propozycji z 2013 r. Komisja spodziewa się, że rozporządzenie wkrótce zostanie przyjęte, o czym wspomniano w komunikacie o Jednolitym Rynku Cyfrowym z 6 maja 2015 r.[76]. Warto dokonać analizy i wykładni wybranych przepisów projektów z lat 2013 i 2015 w celu ustalenia czy postulowane normy rzeczywiście mają znaczenie z punktu widzenia ugruntowania zasady neutralności sieciowej.

W uzasadnieniu projektu rozporządzenia z 2013 r. wskazano, że jednym z jego celów jest „rozwiązanie kwestii neutralności sieci" poprzez ustanowienie w tym zakresie „jasnych przepisów". Dlatego też wybrano formę rozporządzenia podlegającego bezpośredniemu stosowaniu w państwach członkowskich, a nie dyrektywy, której niedoskonała transpozycja w poszczególnych państwach mogłaby zaburzyć jednolity charakter rynku cyfrowego. Samej neutralności nie zdefiniowano wprost w normatywnej części rozporządzenia, opisano ją jednak w jego uzasadnieniu jako „nałożenie na dostawców usług obowiązku zapewnienia **nieograniczonej** łączności ze **wszystkimi** [wyróżnienia – A.N.] treściami, aplikacjami lub usługami, które są dostępne dla użytkowników końcowych". W projekcie z 2015 r. odpowiada temu założeniu ustanowiona w art. 2 pkt 2 definicja „usługi dostępu do Internetu" (powtórzona słowo w słowo za definicją z art. 2 pkt 14 projektu z 2013 r.), która mówi, że przez to pojęcie rozumie się „publicznie dostępną usługę łączności elektronicznej, która zapewnia łączność z Internetem, a tym samym łączność między praktycznie wszystkimi punktami końcowymi podłączonymi do Internetu, bez względu na stosowaną technologię sieci". Definicja ta nadaje prawny wymiar temu, co dziś w dyskusjach nad neutralnością sieci nazywa się powszechnie dostępem do Internetu oferowanym na zasadzie „najlepszych starań" (*best effort internet access*). Brakuje co prawda wskazania, że dostęp do wszystkich punktów końcowych powinien być nie tylko wolny, lecz także nieograniczony w sposób dyskryminujący poszczególne punkty końcowe, ale stosowne normy w tym zakresie wynikają z dalszych, projektowanych przepisów.

Projekt z 2013 r. definiował także w art. 2 pkt 15 „usługę specjalistyczną", czyli „usługę łączności elektronicznej lub każdą inną usługę, która zapewnia możliwość uzyskania dostępu do określonych treści, aplikacji lub usług, lub do ich kombinacji, i której właściwości techniczne kontrolowane są od początku do końca sieci, lub która zapewnia zdolność do wysyłania danych do określonej liczby stron lub punktów końcowych, bądź otrzymywania danych od określonej liczby stron lub punktów końcowych, oraz która nie jest wprowadzana na rynek lub powszechnie stosowana jako substytut usługi dostępu do Internetu". O zachowanie ostatniego z warunków miałyby dbać organy regulacyjne, wyposażone w stosowne narzędzia przez projektowane rozporządzenie. Definicja z art. 2 pkt 15 precyzowała charakterystykę usług nazywanych obecnie powszechnie usługami o zagwarantowanej minimalnej jakości (*quality of service*, QoS). Wykładnia cytowanego przepisu prowadzi do wniosku, że usługa specjalistyczna zapewniałaby dostęp **wyłącznie** do wybranych treści lub aplikacji, a więc do określonej z góry ich liczby, bez możliwości uzyskania w ramach tej usługi także „ogólnego" dostępu do Internetu. W projekcie z 2015 r. zrezygnowano jednak z definiowania osobnej kategorii usług specjalistycznych, ograniczając się do unormowania

[75] http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10409-2015-REV-1/en/pdf (7.09.2015).

[76] *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Digital Single Market Strategy For Europe*, COM (2015) 192. Pozyskano z: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0192 (5.07.2015), s. 9.

w art. 3 ust. 5 „usług innych niż usługa dostępu do Internetu". Trudno pozytywnie ocenić ten krok. Definicja legalna usługi specjalistycznej uczyniłaby unormowanie otwartości Internetu bardziej przejrzystym, zgodnie z postulatem ustanowienia jasnych przepisów w tym zakresie.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 projektu z 2015 r. „użytkownicy końcowi mają prawo uzyskiwania dostępu do informacji i treści oraz rozpowszechniania ich, a także do korzystania i dostarczania aplikacji i usług oraz do korzystania z wybranego terminalu, niezależnie od lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług oraz niezależnie od lokalizacji, pochodzenia lub miejsca docelowego usługi, informacji lub treści, za pośrednictwem usługi dostępu do Internetu". Przepis ten uzupełnia ust. 2, zgodnie z którym „umowy pomiędzy dostawcami usługi dostępu do Internetu oraz użytkownikami końcowymi, dotyczące handlowych i technicznych warunków i elementów charakterystyki usługi dostępu do Internetu, takich jak cena, objętość danych lub prędkość, ani żadne praktyki handlowe podejmowane przez dostawców usługi dostępu do Internetu, nie ograniczają prawa użytkownika końcowego ustanowionego w ust. 1". Podobne przepisy znajdowały się w projekcie z 2013 r. (art. 23 ust. 1). Użytkownik końcowy usługi dostępu do Internetu powinien mieć możliwość korzystania z wszelkich ofert dostawców treści, aplikacji i usług (a także tworzenia takich ofert). Zawarta z dostawcą usług umowa o dostępie do Internetu może określać ograniczenia dotyczące ilości danych i prędkości połączenia, jednak bez zróżnicowania uzależnionego od wyboru konkretnych treści. Usługa dostępu do Internetu nie mogłaby więc uwzględniać rozwiązań takich jak blokowanie, opóźnianie, obniżanie jakości lub dyskryminowanie określonych treści lub aplikacji lub usług albo poszczególnych ich rodzajów, co zresztą wynika już z wykładni ust. 1 i 2, ale zostało też wprost wyrażone w ust. 3 (którego odpowiednikiem był art. 23 ust. 5 projektu z 2013 r.).

Zgodnie z art. 3 ust. 3 projektu z 2015 r., „dostawcy usług dostępu do Internetu traktują cały ruch równo podczas dostarczania usługi dostępu do Internetu, bez stosowania dyskryminacji, ograniczeń lub zakłóceń i niezależnie od nadawcy i adresata, niezależnie od treści, do której uzyskiwany jest dostęp lub która podlega rozpowszechnieniu, a także niezależnie od dostarczanej aplikacji lub usługi lub wykorzystywanego terminalu". Projekt zakazuje więc co do zasady stosowania restrykcji wobec treści i aplikacji (o wyjątkach będzie mowa niżej), ale ani w definicji usługi dostępu do Internetu, ani w dookreślających ją ust. 1, 2 i 3 art. 3 (a także w projekcie z 2013 r.) nie wskazano wprost, by usługa ta nie mogła obejmować preferencyjnego dostępu do pewnych treści czy aplikacji (przy braku stosowania restrykcji wobec pozostałych), np. w postaci *zero-ratingu* w sieciach mobilnych. Wydaje się jednak, że byłoby to niedopuszczalne jako swego rodzaju forma omijania opisanych niżej przepisów o usługach innych niż usługa dostępu do Internetu (czyli usług specjalistycznych według terminologii projektu z 2013 r.). Wskazuje na to dodatkowo wykładnia użytego w art. 3 ust. 3 projektu z 2015 r. pojęcia „równego traktowania ruchu" – nie sposób uznać, że ustanowienie *zero-ratingu* w stosunku do pewnych usług czy aplikacji oznacza traktowanie ich na równi z pozostałymi. W ostatecznym rozrachunku, aby uniknąć wątpliwości w tym zakresie, w rozporządzeniu powinien znaleźć się przepis jednoznacznie rozstrzygający kwestię *zero-ratingu*, o co zresztą w pracach legislacyjnych zabiegała Holandia[77]. Postulowane w projekcie z 2015 r., niejednoznaczne rozwiązanie jest krytykowane przez Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC, organizację zrzeszającą europejskie stowarzyszenia konsumenckie)

[77] Z. Sheftalovich, *New glitch in telecoms talks*. Pozyskano z: http://www.politico.eu/article/new-glitch-in-telecoms-talks/ (7.09.2015).

jako zagrażające konkurencji poprzez możliwość stosowania „pozytywnej dyskryminacji" przez dostawców usług[78].

Art. 3 ust. 3 projektu z 2015 r. ustanawia także wyjątki od zasady niepoddawania treści i aplikacji restrykcjom. Zgodnie z postulowanym przepisem, dostawcy usług mogliby stosować „rozsądne zarządzanie ruchem". By wykorzystywane środki uznać za „rozsądne", musiałby one być „przejrzyste, niedyskryminacyjne, proporcjonalne i wynikające nie ze względów handlowych, lecz z obiektywnie odmiennych technicznych wymagań jakości świadczenia usług (*quality of service*) w odniesieniu do specyficznych kategorii ruchu. Ustanowione środki nie monitorują specyficznych treści i nie są stosowane dłużej, niż to potrzebne"[79]. W toku prac nad projektem wykreślono z niego fragment wskazujący, że rozsądne zarządzanie ruchem może być prowadzone wyłącznie na podstawie danych zawartych w nagłówku pakietu protokołu internetowego, a więc z wyłączeniem głębokiej inspekcji pakietów[80]. Głęboka inspekcja pakietów co do zasady nie może być uznana za rozsądny środek zarządzania ruchem, ale ze względu na inwazyjność zakaz jej stosowania powinien być unormowany wyraźnie.

Poza opisanymi „rozsądnymi" środkami dostawcy usług dostępu do Internetu nie mogą poddawać określonych treści, aplikacji i usług lub ich kategorii restrykcjom (takim np., jak blokowanie, spowalnianie lub degradowanie), chyba że w celu wykonania obowiązku ustanowionego przez prawo powszechnie obowiązujące (w tym w celu wykonania decyzji sądu), zachowania integralności i bezpieczeństwa sieci oraz ochrony sieci przed przeciążeniem (punkty a–c art. 3 ust. 3). Cytowane przepisy budzą niepokój. Otwierają drogę zarządzaniu ruchem w ramach usługi dostępu do Internetu, motywowanemu nie tylko powszechnie akceptowanymi względami bezpieczeństwa i ochrony przed przeciążeniem, lecz także „obiektywnie odmiennymi technicznymi wymaganiami jakości świadczenia usług". Określenie to jest nieostre i trudne do jednoznacznej wykładni, w szczególności w zakresie odróżnienia zarządzania motywowanego względami handlowymi i technicznymi. Powstaje obawa, że dostawcy usług będą wykorzystywać to rozwiązanie, po jego ewentualnym przyjęciu, do wypaczania konkurencji na rynku treści, usług i aplikacji[81], zwłaszcza w kontekście opisanej wyżej integracji pionowej. Co więcej, dopuszczenie zarządzania ruchem w usłudze dostępu do Internetu stawia pod znakiem zapytania sens jej normatywnego odróżnienia od usług pozostałych, czyli „specjalistycznych" według terminologii z projektu z 2013 r. Są jednak usługi, w przypadku których zarządzanie ruchem wydaje się uzasadnione, np. w zakresie telemedycyny[82].

Zgodnie z art. 3 ust. 5 projektu z 2015 r., „dostawcy usługi dostępu do Internetu oraz dostawcy treści, aplikacji i usług korzystają ze swobody oferowania usług innych niż usługi dostępu do Internetu, a owe inne usługi są zoptymalizowane na potrzeby specyficznych treści, aplikacji lub

[78] Informacja prasowa BEUC z 30.06.2015 r. Pozyskano z: http://www.beuc.eu/publications/beuc-pr-2015-012_telecom_single_market.pdf (7.09.2015).

[79] Ponadto ust. 4 postulowanego artykułu zakłada ograniczenie przetwarzania danych osobowych, związanego z zarządzaniem ruchem, do przypadków koniecznych i uwzględniających proporcjonalne osiąganie celów, określonych w ust. 3.

[80] *The Presidency's non-paper with a view to the preparation for the third informal trilogue on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012.* Pozyskano z: https://www.laquadrature.net/files/20150517-paquet-telecoms-non-paper.pdf (7.09.2015).

[81] Dla porównania, art. 23 ust. 5 projektu z 2013 r. przewidywał stosowanie restrykcji w związku z ochroną bezpieczeństwa sieci, wykonaniem wyroku sądu, ochroną przed przeciążeniem i ochroną przed spamem (za zgodą użytkownika) poza tym jednak nie zezwalał na zarządzanie ruchem przy świadczeniu „ogólnej" usługi dostępu do Internetu.

[82] Jak obrazowo zwrócił uwagę C. Albrecht z T-Mobile: „reklama torebek nie może być ważniejsza od informacji o ataku serca"; zob. *Network Neutrality, czyli zasadność regulacji ruchu w Internecie*, 3.11.2011 r., Warszawa. Pozyskano z: http://www.proinwestycje.pl/sites/default/files/materialy/albrecht_cezary_t-mobile.pdf (10.07.2015).

usług, lub ich kombinacji, o ile taka optymalizacja jest konieczna dla zapewnienia odpowiednich warunków jakościowych. Inne usługi można oferować tylko wówczas, gdy pojemność sieci jest wystarczająca dla jednoczesnego świadczenia usług dostępu do Internetu. Inne usługi nie mogą nadawać się do zastąpienia lub być oferowane w zastępstwie usługi dostępu do Internetu i nie mogą powodować pogorszenia dostępności lub ogólnej jakości usługi dostępu do Internetu dla użytkowników końcowych". Z treści cytowanego przepisu wynika, że użytkownik końcowy może zawrzeć umowę o dostarczaniu „innych usług" zarówno z dostawcą usługi dostępu do Internetu, jak i z dostawcą treści i aplikacji. Zakłada to istnienie między tymi dwoma ostatnimi kategoriami podmiotów stosunków umownych, które jednak nie zostały unormowane w projektowanym rozporządzeniu. Projekt z 2013 r. stanowił w tym zakresie, że w odniesieniu do usług specjalistycznych istniałaby swoboda zawierania umów pomiędzy dostawcami łączności elektronicznej dla ludności oraz dostawcami treści, aplikacji i usług, w zakresie przekazywania określonych umownie ilości danych lub ruchu (art. 23 ust. 2 zdanie drugie). Oznaczało to, że zawieranie umów o elastycznych parametrach jakości między dostawcami usług a dostawcami treści i aplikacji dotyczyłoby wyłącznie przypadków związanych z oferowaniem użytkownikom końcowym usług specjalistycznych. Jednoznacznie wykluczone byłoby więc pobieranie przez dostawców usług opłat dodatkowych od dostawców treści i aplikacji w związku z „ogólnym" dostępem do Internetu, co stanowiło odpowiedź na jedno z pytań podnoszonych w dyskusji o łańcuchu wartości w Internecie. Wydaje się, że podobny przepis powinien znaleźć się i w projekcie z 2015 r., dla uniknięcia wątpliwości, jakie w praktyce mogą powstawać w tym kontekście.

Z art. 3 ust. 5 projektu z 2015 r. wynika także, że jako „inne usługi" można by oferować wyłącznie takie treści, aplikacje i usługi, których optymalizacja jest konieczna dla zapewnienia odpowiedniej jakości świadczenia użytkownikowi końcowemu (projekt z 2013 r. nie przewidywał takiego ograniczenia). Może więc chodzić co do zasady tylko o usługi wymagające znacznych transferów danych lub bardzo wrażliwe na opóźnienie transferu danych, np. telewizję internetową (IP-TV) lub komunikację głosową (VoIP). Wydaje się, że np. usług poczty elektronicznej lub portalu społecznościowego nie można zaliczyć do tej kategorii.

Świadczenie „innych usług" nie może powodować obniżenia jakości usługi dostępu do Internetu ani ograniczenia jej dostępności. Wydaje się, że w tym zakresie przepis projektu z 2015 r. jest wystarczająco jednoznaczny. W projekcie z 2013 r. wskazywano, że świadczenie usług specjalistycznych nie może regularnie lub stale negatywnie wpływać na ogólną jakość usług dostępu do Internetu (art. 23 ust. 2, zdanie ostatnie). Nie wykluczano więc pewnego negatywnego wpływu usług specjalistycznych na „ogólny" dostęp do Internetu, o ile to niekorzystne oddziaływanie nie miałoby charakteru stałego lub przynajmniej regularnego. Te ostatnie określenia nie były jasne, co w praktyce mogłoby budzić wątpliwości wymagające interwencji regulatora.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 projektu z 2015 r. (treściowo zbliżonym do art. 24 projektu z 2013 r.), zadaniem regulatora byłoby monitorowanie i dbanie o stałą dostępność niedyskryminacyjnych usług dostępu do Internetu na poziomie jakości odpowiadającym postępowi technologicznemu. W tym zakresie regulator byłby uprawniony do ustalania charakterystyki technicznej oraz nakładania wymogów dotyczących minimalnej jakości usług. Mógłby także stosować inne, odpowiednie i konieczne środki w stosunku do jednego lub więcej dostawców publicznych usług telekomunikacyjnych. Dostawcy usług telekomunikacyjnych musieliby wykonywać stosowne obowiązki informacyjne

wobec regulatora (art. 4 ust. 2). Doprecyzowano także wymogi w zakresie przejrzystości w stosunku do użytkowników końcowych (art. 4 ust. 3). Przepisy ustanawiające kompetencje organu regulacyjnego, o treści odpowiadającej sugestiom BEREC wyrażanym w przeszłości[83], mają fundamentalne znaczenie dla neutralności sieciowej, gdyż w przypadku ich braku istniałoby ryzyko zdegradowania jakości „ogólnej" usługi dostępu do Internetu, co uczyniłoby z niej – jak obrazowo określał to BEREC – swego rodzaju „drogę gruntową", przed korzystaniem z której użytkownicy końcowi musieliby bronić się, wykupując „inne usługi" o podwyższonej jakości. Przestrzegając przed tym w swych raportach[84], BEREC uczulał zarazem regulatorów poprzez wytyczne na potencjalne scenariusze, w których dostawcy usług, oferując coraz więcej usług specjalistycznych, pogarszaliby tym samym jakość „ogólnego" dostępu do Internetu dla wszystkich użytkowników albo byliby w stanie zapewnić dobrą jakość dostępu do Internetu jedynie niektórym z nich[85]. Powstaje pytanie: czy uprawnienie regulatora ograniczałoby się wyłącznie do określenia minimalnej jakości usług już oferowanych przez ich dostawców, czy także mogłoby dotyczyć nałożenia obowiązku świadczenia „ogólnej" usługi dostępu do Internetu, której dostawca do tej pory nie miał w ofercie. Trudno jednak sobie wyobrazić, by na konkurencyjnym rynku dostawcy usług o liczącej się pozycji rynkowej rezygnowali ze świadczenia takich usług.

VI. Wnioski

Wobec, z jednej strony, skłonności operatorów sieci do popierania rozwiązań opartych na zarządzaniu ruchem i pobieraniu opłat od dostawców treści, aplikacji i usług, z drugiej zaś – znaczenia otwartego Internetu dla rozwoju innowacji oraz zapewnienia swobody komunikowania się użytkowników końcowych potrzebne jest w Europie jednoznaczne wyjaśnienie powstałych w tym zakresie wątpliwości, poprzez uchwalenie nowego prawa na poziomie unijnym. Jest to szczególnie ważne w związku z planami stworzenia w UE jednolitego rynku cyfrowego, który ma zwiększyć gospodarczy potencjał całego kontynentu[86].

Postulowane w projekcie z 2015 r. rozwiązania są co do zasady prawidłowe. Pozwalają operatorom na oferowanie wybranych usług o zagwarantowanej, podwyższonej jakości, zarazem umożliwiając uzyskanie otwartego dostępu do Internetu przez wszystkich użytkowników końcowych. Organy regulacyjne musiałby interweniować dopiero wówczas, gdy dodatkowo płatne usługi wyspecjalizowane wypierały z rynku „ogólny" dostęp do Internetu lub gdyby jakość tego ostatniego uległa degradacji.

Niestety projektowane rozporządzenie nie rozwiązuje w sposób jednoznaczny wszystkich, sygnalizowanych wyżej problemów związanych z zagrożeniami dla neutralności sieciowej. Jednym z ciekawszych zagadnień jest w tym zakresie *zero-rating*, który na pierwszy rzut oka zapewnia istotne korzyści dla konsumenta, w ostatecznym rozrachunku prowadząc jednak do ograniczenia konkurencji na rynku treści, aplikacji i usług. Uniemożliwienie stosowania *zero-ratingu* przez dostawców usług było jednym z podstawowych założeń reformy prawa telekomunikacyjnego w tych państwach członkowskich, które zdecydowały się wyraźnie unormować otwartość Internetu

[83] Zob. BoR (12) 33, s. 7.

[84] *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, BoR, (12)31. Pozyskano z: http://berec.europa.eu/files/news/bor_12_31_comp_issues.pdf (4.07.2015), s. 4.

[85] *BEREC Guidelines for Quality of Service in the scope on Net Neutrality*, BoR, (12)131. Pozyskano z: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/1101-berec-guidelines-for-quality-of-service-_0.pdf (4.09.2015), s. 33.

[86] COM (2015) 192, s. 3.

i neutralność sieciową, a więc w Holandii i Słowenii. Projektowane rozporządzenie unijne ustanawiające środki dotyczące otwartego Internetu nie zawiera w tym zakresie wyraźnych przepisów, a zakaz stosowania praktyk *zero-ratingu* można z niego wyczytać tylko poprzez zabiegi interpretacyjne. Nie wydaje się to słuszne. Jak pokazują przytaczane wyżej dane, operatorzy wprowadzający *zero-rating* mają skłonność do jednoczesnego podnoszenia cen usług otwartego dostępu do Internetu, co negatywnie odbija się na neutralności sieciowej. Nawet gdyby do tego nie dochodziło, *zero-rating* i tak budziłby wątpliwości jako wprowadzający preferencje dla pewnych dostawców treści, aplikacji i usług, ze szkodą dla pozostałych, w szczególności dopiero wchodzących na rynek i potencjalnie bardzo innowacyjnych.

Mniej wieloznaczne powinno być też unormowanie dopuszczalnego zarządzania ruchem w usłudze dostępu do Internetu. Przecież rozdzielenie na poziomie prawa stanowionego otwartego Internetu od usług wyspecjalizowanych traci sens, gdy elementy charakterystyczne dla tych ostatnich wkradają się do tego pierwszego. Zrozumiałe jest zarządzanie ruchem na potrzeby ochrony bezpieczeństwa sieci, ochrony przed jej przeciążeniem oraz w związku z wykonaniem obowiązków nałożonych z mocy prawa lub na jego podstawie. Inne przypadki zarządzania ruchem, choćby umotywowane obiektywnie odmiennymi technicznymi wymaganiami jakości świadczenia pewnych usług, powinny albo w ogóle być niedopuszczalne, albo też ograniczone do wyraźnie wymienionych kategorii, np. telemedycyny.

Przepisy unijne zachowują technologiczną neutralność, co zapewne było jednym z powodów wykreślenia z projektowanego rozporządzenia zakazu stosowania głębokiej inspekcji pakietów przez operatorów w związku z zarządzaniem ruchem. Jest to jednak metoda tak inwazyjna, że jej niedopuszczalność w normalnych warunkach powinna być unormowana w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

W kontekście nacisków ze strony operatorów wynikających z dążenia do zmiany biznesowego modelu ich działalności wydaje się też, że w projekcie z 2015 r. w porównaniu z projektem z 2013 r. brakuje przepisów jednoznacznie wskazujących, że umowy pomiędzy operatorami (dostawcami usług) a dostawcami treści i aplikacji dotyczące transferu określonego wolumenu danych i ruchu mogłyby być zawierane wyłącznie w związku z usługami innymi, niż „ogólna" usługa dostępu do Internetu.

Bibliografia

Drossos Antonios. 2015. "*The real threat to the open Internet is zero-rated content".* Dostęp 09.09.2015. http://dfmonitor.eu/downloads/Webfoundation_guestblog_The_real_threat_open_internet_zerorating.pdf

Economides Nicholas, Tåg Joacim. 2012. "*Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis"*. Information Economics and Policy. 2012 (24): 91–104.

Friederiszick Hans W., Kałużny Jakub, Kohnz Simone, Grajek Michal, Röller Lars-Hendrik. 2011. Assessment of a Sustainable Internet Model for the Future. ESMT White Paper WP-11-01. Berlin. ESMT European School of Management and Technology.

Hall Gannon. 2015. "*Why 2011 Is Being Called The Year Of "The Cable Cut"*. Dostęp 02.09.2015. http://www.businessinsider.com/what-will-it-take-to-make-over-the-top-video-successful-2010-12

Jachowicz Łukasz. 2013. Przyszłość internetu. Zarządzanie, neutralność i wolność słowa w sieci. Warszawa. Centrum Cyfrowe.

Kenny Robert. 2011. "*Are traffic charges needed to avert a coming capex catastrophe? A review of the AT Kearney paper.* Dostęp 08.09.2015. http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1321365/17219601/1332252376690/TrafficChargesATKReview.pdf?token=Fjqw9aNKnEKZ7cXZDHj0bP%2BjYY8%3D

Lee Dave. 2015. "*North Korea: On the net in world's most secretive nation".* Dostęp 15.07.2015. http://www.bbc.com/news/technology-20445632

Scott Marcus J., Monti Allesandro. 2011. Network operators and content providers: Who bears the cost?. Bad Honnef. Wik Consult GmbH.

Sheftalovich Zoya. 2015. "*New glitch in telecoms talks".* Dostęp 07.09.2015. http://www.politico.eu/article/new-glitch-in-telecoms-talks/

Stupp Catherine. 2015. "*Getting a telecoms deal: Harder than agreeing on Greece?".* Dostęp 07.09.2015. http://www.euractiv.com/sections/infosociety/getting-telecoms-deal-harder-agreeing-greece-315874

Xuecun Murong. 2015. "*Scaling China's Great Firewall".* Dostęp 19.08.2015. http://www.nytimes.com/2015/08/18/opinion/murong-xuecun-scaling-chinas-great-firewall.html?_r=0

Ewa Galewska*

Forma umowy o dostępie telekomunikacyjnym i konsekwencje jej niezachowania

Streszczenie

Umowy o dostępie telekomunikacyjnym powszechnie występują w profesjonalnym obrocie gospodarczym. Stanowią one przedmiot regulacji prawa cywilnego (prawa prywatnego) i prawa telekomunikacyjnego (prawa publicznego). W konsekwencji wymóg zachowania pisemnej formy umów tego rodzaju należy oceniać zarówno w świetle regulacji prywatnoprawnej, jak i publicznoprawnej. Obowiązek zachowania pisemnej formy umowy dostępowej ustawodawca wprowadził w przepisie art. 31 ust. 1 P.t. W związku z tym, że umowy o dostępie telekomunikacyjnym mają charakter cywilnoprawny do oceny wymogu zachowania ich formy pisemnej należy stosować przepisy K.c. Zachowanie formy pisemnej umowy o dostępie telekomunikacyjnym jest istotne zarówno w stosunkach pomiędzy ich stronami, ale także ma znaczenie dla relacji pomiędzy wszystkimi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność telekomunikacyjną oraz w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i Prezesem UKE.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; dostęp telekomunikacyjny, umowy, forma

Umowy o dostępie telekomunikacyjnym określane też jako umowy dostępowe powszechnie występują w profesjonalnym obrocie gospodarczym. Obejmują one różne rodzaje stosunków prawnych. Owa różnorodność odzwierciedla złożoność definicji dostępu telekomunikacyjnego zawartej w P.t.[1]. Stosownie do definicji ustawowej obejmuje on korzystanie z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. W świetle definicji dostępu telekomunikacyjnego nie można więc mieć wątpliwości co do znaczenia omawianych tu umów dla rozpoczęcia i prowadzenia działalności w sektorze telekomunikacyjnym. Zawierają one bowiem warunki zapewniania takiego dostępu oraz związanej z tym współpracy.

Jak już wcześniej wspomniano umowy dostępowe są zawierane w obrocie profesjonalnym to znaczy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Decyduje o tym ich specyficzny przedmiot, ale dodatkowo zostało to podkreślone przez ustawodawcę w art. 31 ust. 1 P.t. Stronami omawianych tu umów mogą więc być wyłącznie przedsiębiorcy lub inne podmioty uprawnione do wykonywania działalności gospodarczej prowadzące działalność polegającą na dostarczaniu

* Autorka jest adiunktem w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz radcą prawnym; e-mail: egalewska@prawo.uni.wroc.pl.

[1] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2014 r. poz. 243 ze zm. (dalej: P.t.).

sieci telekomunikacyjnych, świadczeniu usług towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 27 P.t.).

Ze względu na to, że umowy dostępowe mają kluczowe znaczenie dla prowadzenia działalności telekomunikacyjnej jako niezwykle istotna jawi się kwestia ich zawierania. Problematyka zawierania umów dostępowych jest obszerna, stąd w niniejszym artykule przedstawiono tylko jeden z jej aspektów jakim jest wymóg zachowania określonej formy umowy dostępowej. W doktrynie nie ma zgodności co do tego czy przepisy ustawowe narzucające stronom wymóg zachowania określonej formy danej umowy stanowią ograniczenie swobody umów. Część jej reprezentantów uważa, że ograniczenia w zakresie swobody wyboru formy umowy są wyrazem ograniczenia swobody umów[2]. Odmienną opinię wyraził jednak Z. Radwański, który uważa wymagania dotyczące formy umowy za pewien czynnik utrudniający jej zawieranie, ale nie za jeden z elementów swobody umów[3]. Zresztą rozstrzygnięcie przytoczonego wyżej sporu doktrynalnego, choć niezwykle interesujące z punktu widzenia teorii prawa cywilnego nie wydaje się mieć znaczenia dla celów niniejszego artykułu, którym są raczej ustalenia na temat samego wymogu zachowania formy pisemnej w przypadku umów dostępowych.

Omawiane umowy są przedmiotem regulacji prawa cywilnego (prawa prywatnego) i prawa telekomunikacyjnego (prawa publicznego). W konsekwencji wymóg zachowania pisemnej formy omawianej tu umowy należy oceniać zarówno w świetle regulacji prywatnoprawnej, jak i publicznoprawnej. Obowiązek zachowania pisemnej formy umowy dostępowej ustawodawca wprowadził w przepisie art. 31 ust. 1 P.t. W związku z tym, że umowy o dostępie telekomunikacyjnym mają charakter cywilnoprawny do oceny wymogu zachowania ich formy pisemnej należy stosować przepisy K.c.[4].

Trzeba podkreślić, że w przypadku umów dostępowych konieczne jest zachowanie zwykłej formy pisemnej. Wymóg ten dotyczy całej umowy, jej części głównej i załączników. Wszystkie postanowienia danej umowy (nie tylko *essentialia negotii*) powinny znaleźć się w dokumencie[5]. Należy uznać, że zachowano zwykłą formę pisemną umowy, gdy każda z jej stron wyraziła oświadczenie woli w języku pisanym oraz złożyła pod nim podpis (art. 78 § 1 K.c.). Podpis powinien odzwierciedlać cechy charakterystyczne dla osoby, która go składa. Innymi słowy, powinien wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne.

Do zawarcia umowy wystarczy wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron (art. 78 § 1 K.c.). Oczywiście w przypadku umów dostępowych zachowanie takiej formy będzie wiązało się ze złożeniem podpisów pod tekstem danej umowy[6]. Podpis umieszczony na dokumencie pod treścią stwierdzoną pismem stanowi bowiem niejako zatwierdzenie tej treści. Złożenie podpisu stanowi wówczas znak, że treść objęta jest oświadczeniem woli lub wiedzy podpisującego[7]. Przyjmuje się przy tym, że treść umieszczona

[2] Np. M. Niedośpiał, Swoboda czynności prawnych, Bielsko-Biała 2002, s. 31; S. Włodyka (red.), System Prawa Handlowego. Prawo umów handlowych, t. 5, Warszawa 2011, s. 692.

[3] Z. Radwański, Teoria umów, Warszawa 1977, s. 103.

[4] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm. (dalej: K.c.).

[5] Takie stanowisko prezentuje przeważająca część przedstawicieli doktryny. Istnieją jednak odmienne stanowiska w doktrynie, zgodnie z którymi obowiązek zachowania formy pisemnej dotyczy jedynie poszczególnych postanowień danej umowy. Są nimi w zależności od prezentowanej koncepcji, np. *essentialia negotii* czy postanowienia przedmiotowo i podmiotowo istotne. Poglądy te omawia M. Gutowski, Nieważność czynności, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 191–195.

[6] Art. 78 § 1 K.c dopuszcza też zawarcie umowy w formie pisemnej przez wymianę dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Praktyki takiej jednak nie stosuje się w przypadku zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym.

[7] Por. Postanowienie SN z dnia 3 kwietnia 1998, I CZ 34/98, Legalis nr 415569.

poniżej podpisu z reguły nie powinna być przypisywana podpisującemu[8]. Tekst umowy zwykle jest spisany na papierze, ale nie można wykluczyć utrwalenia go także na innym nośniku[9]. Nie spełnia jednak warunku zachowania formy pisemnej czynności prawnej wymiana dokumentów za pośrednictwem faksu, ponieważ dokumenty takie stanowią jedynie kopię[10]. Warto przy tym wspomnieć, że umowy o dostępie telekomunikacyjnym, jako zawierane między przedsiębiorcami, mogą być sporządzone w języku wybranym przez strony[11].

Umowę dostępową można również zawrzeć w formie elektronicznej, która stosownie do art. 78 § 2 K.c. jest równoważna formie pisemnej. Przepis ten stanowi bowiem, że oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej[12]. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej polega na tym, że oświadczenie woli jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego nadawcy oraz przekazane za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych, trafia do dostawcy usług telekomunikacyjnych i staje się dostępne dla adresata oświadczenia[13].

Dla omawianego tu wymogu formy pisemnej umowy o dostępie telekomunikacyjnym istotne znaczenie mają konsekwencje jego niezachowania. Stosownie do art. 73 § 1 K.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania takiej formy jest nieważna tylko wówczas, gdy rygor nieważności został przewidziany w ustawie. W związku z tym, że w art. 31 ust.1 P.t. ustawodawca przewidział rygor nieważności niezachowanie pisemnej formy umowy dostępowej wywoła jej bezwzględną nieważność (*ad soleminitatem/ad validitatem*).

Bezwzględna nieważność oznacza, że umowa o dostępie telekomunikacyjnym zawarta bez zachowania wymaganej prawem formy nie wywoła żadnych skutków prawnych od chwili jej dokonania. Nie oznacza to wszakże, że umowę tę należy traktować jako nieistniejącą[14]. Bezskuteczność czynności prawnej następuje z mocy prawa i może się na nią powołać każdy podmiot. Sąd zaś powinien z urzędu badać zachowanie przez strony przepisanej prawem formy umowy o dostępie telekomunikacyjnym. Należy podkreślić, że stosownie do stanowiska przeważającej części reprezentantów doktryny sankcja nieważności obejmuje każde postanowienie umowy, które nie zostało wyrażone w formie pisemnej[15].

Zastanawiając się nad możliwością zastosowania innej formy umowy o dostępie telekomunikacyjnym należy podkreślić, że jej strony nie mają możliwości wyłączenia zastosowania art. 31 ust. 2 P.t. oraz art. 73 K.c., ponieważ przepisy te mają charakter *ius cogens*. Należy jednak pamiętać o brzmieniu art. 76 K.c., który przewiduje możliwość zastępowania zwykłej formy pisemnej

[8] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. T. I, wyd. 7, Warszawa 2103, s. 327.

[9] Przykłady takich nośników podają E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 221.

[10] Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 grudnia 2006 r., I ACa 1589/06, OSA/Kat. 2007, poz. 1, Legalis nr 88000.

[11] Nie mają do nich bowiem zastosowania ograniczenia wprowadzone w ustawie z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim, Dz.U. Nr 90, poz. 999 ze zm.

[12] Szerzej na temat podpisu elektronicznego piszą: Z. Paderewska, Podpis elektroniczny w Polsce i w wybranych krajach, Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych 2011, Nr 6, s. 81-109; W. Paluszyński, Bezpieczny podpis elektroniczny, Jurysta 2002, Nr 10, s. 9 i n.; (red.) A. Kidyba, Kodeks cywilny. Komentarz, T. I Część ogólna, wyd. 2, Wolters Kluwer Polska 2012, Stan prawny: 2012.06.01. Dostępny na Lex Sigma on-line nr 128127; P. Polański, Podpisy elektroniczne w prawie polskim i wspólnotowym, Rejent 2008, Nr 9, s. 81 i n.

[13] Wyrok SN z dnia 16 maja 2003 r. I CKN 384/01, Lex Polonica nr 1396050.

[14] G. Wolak, Z problematyki formy szczególnej czynności prawnych zastrzeżonej pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), Edukacja Prawnicza 2012, Nr 5, s. 26 i n.

[15] Z. Radwański (red.), Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego, tom 2, Warszawa 2008, s. 119 i n. Tam również inne stanowiska doktryny w tej kwestii.

innymi – silniejszymi (wyższymi) formami czynności prawnej, to jest formą aktu notarialnego, formą pisemną z podpisem poświadczonym oraz formą pisemną z datą pewną. Zastosowanie wspomnianych form czynności prawnej stanowi zachowanie wymogu zawarcia omawianej tu umowy w tzw. zwykłej formie pisemnej i nie powoduje jej nieważności.

Konsekwencją zastrzeżenia dla umowy dostępowej zwykłej formy pisemnej jest konieczność zachowania takiej formy również przy uzupełnieniu albo zmianie takiej umowy (art. 77 § 1 K.c.). Ustawodawca złagodził jednak wymóg zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności w odniesieniu do czynności następczych polegających na rozwiązaniu umowy zawartej w formie pisemnej, odstąpieniu od niej albo jej wypowiedzeniu. Czynności te bowiem należy jedynie stwierdzić pismem (art. 77 § 2 K.c.), a więc zastosowano tu wyłącznie sankcję ograniczeń dowodowych (*ad probationem*).

Przedmiot umów dostępowych, i co za tym idzie stopień skomplikowania ich postanowień oraz ich znaczenie w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi czynią uzasadnionymi ustawowe wymogi dotyczące zachowania ich formy. Zachowanie formy pisemnej umowy o dostępie telekomunikacyjnym jest istotne zarówno w stosunkach pomiędzy ich stronami, ale także ma znaczenie dla relacji pomiędzy wszystkimi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność telekomunikacyjną oraz w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE).

Zachowanie pisemnej formy umowy o dostępie telekomunikacyjnym jest istotne dla ustalenia momentu złożenia oświadczeń woli oraz określenia kiedy przedsiębiorcy są zobowiązani do świadczeń w oparciu o zawartą umowę. Stopień skomplikowania postanowień umów dostępowych również uzasadnia wprowadzenie wymogów co do ich formy pisemnej. Należy zwrócić uwagę, że umowy te są bardzo rozbudowane, ponieważ muszą zawierać wiele uzgodnień o charakterze technicznym, finansowym i handlowym. Z tego względu niezwykle istotnym jest by ich zawieranie w formie pisemnej zostało na przedsiębiorcach wymuszone przez ustawodawcę. Utrwalenie treści stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia umowy dostępowej ma podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu gospodarczego w sektorze telekomunikacyjnym. Odejście od tego wymogu mogłoby się przyczynić do powstawania sporów pomiędzy przedsiębiorcami na tle wykonywania umów zawieranych w formie ustnej. Zważywszy na znaczny stopień skomplikowania takich umów mogłoby to prowadzić do długotrwałych postępowań sądowych, które wymagałby zaangażowania biegłych z dziedziny telekomunikacji. To zaś groziłoby niepewnością prawną w zakresie działalności telekomunikacyjnej.

Zachowanie formy pisemnej umów o dostępie telekomunikacyjnym jest też w pełni uzasadnione w świetle zasady ich jawności. Stosownie do niej, przedsiębiorcy zobowiązani do zawarcia umowy dostępowej wskutek nałożenia na nich obowiązków regulacyjnych określonych w art. 34 lub art. 45 P.t. są zobowiązani do przekazania jej tekstu Prezesowi UKE (art. 33 ust. 1 P.t.). Odnośnie do wspomnianych umów przepis art. 33 ust. 2 P.t. statuuje zasadę ich jawności oraz obowiązek Prezesa UKE nieodpłatnego ich udostępniania zainteresowanym podmiotom na ich wniosek. Przedstawione tu rozwiązania prawne służą kształtowaniu relacji pomiędzy przedsiębiorcami działającymi w sektorze telekomunikacyjnym, którzy nie zawarli jeszcze ze sobą umów dostępowych. Dzięki zasadzie jawności znają oni warunki na jakich takie umowy są zawierane

przez przedsiębiorców, o których mowa wyżej, co pozwala na nadanie negocjacjom określonego kierunku i uproszczenie ich przebiegu.

Wprowadzenie wymogu zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym w formie pisemnej ma na celu również ułatwienie państwu sprawowania kontroli nad dokonywaniem tego rodzaju czynności prawnych. Dzięki temu Prezes UKE może ustalać transparentne zasady współpracy między przedsiębiorcami w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, co pozwoli wyeliminować wszelkie nadużycia zmierzające do zakłócania konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym.

Bibliografia

Gniewek Edward, Machnikowski Piotr (red.). 2013. Kodeks cywilny. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Gutowski Maciej. 2012. Nieważność czynności. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Kidyba Andrzej (red.) 2012. Kodeks cywilny. Komentarz, t. I. Część ogólna. Warszawa. Wolters Kluwer Polska. Lex Sigma on-line nr 128127.

Niedośpiał Michał. 2002. Swoboda czynności prawnych. Bielsko-Biała. Wydawnictwo Studio Sto.

Paderewska Zofia. 2011. *„Podpis elektroniczny w Polsce i w wybranych krajach".* Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych 2011 (6): 81–109.

Paluszyński Wiesław. 2002. *„Bezpieczny podpis elektroniczny".* Jurysta 2002 (10): 9–16.

Pietrzykowski Krzysztof (red.). 2013. Kodeks cywilny. Komentarz. t. I. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Polański Przemysław. 2008. *„Podpisy elektroniczne w prawie polskim i wspólnotowym".* Rejent 2008 (9): 81–110.

Radwański Zbigniew (red.). 2008. Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego, tom 2. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Radwański Zbigniew. 1977. Teoria umów. Warszawa. PWN.

Włodyka Stanisław (red.). 2011. System Prawa Handlowego. Prawo umów handlowych. t. 5. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Wolak Grzegorz. 2012. *„Z problematyki formy szczególnej czynności prawnych zastrzeżonej pod rygorem nieważności (ad solemnitatem)".* Edukacja Prawnicza 2012 (5): 26–31.

Stanisław Piątek*

Prawne warunki stosowania cookies

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Rodzaje i funkcje cookies
III. Podstawy prawne stosowania cookies
VI. Zakres zastosowania przepisów o cookies
  1. Zakres podmiotowy
  2. Zakres przedmiotowy
V. Obowiązek informacyjny
  1. Podmiot zobowiązany
  2. Sposób wykonania obowiązku informacyjnego
VI. Uzyskanie zgody
  1. Podmiot udzielający zgody
  2. Wymagania dotyczące uzyskania zgody
  3. Zakres udzielonej zgody
VII. Zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody
VIII. Cookies a dane osobowe
IX. Egzekwowanie obowiązków dotyczących cookies

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest stosowanie cookies przez dostawców usług telekomunikacyjnych, usług świadczonych drogą elektroniczną oraz dostawców usług reklamowych. Celem opracowania jest wskazanie dopuszczalnych sposobów wykonania obowiązku informacyjnego i obowiązku uzyskania zgody, a także zakresu zwolnień z tych obowiązków w świetle dorobku interpretacyjnego Grupy Roboczej ds. Artykułu 29, regulatorów innych państw członkowskich UE i krajowej praktyki. Problemy cookies są rozpatrywane głównie w świetle przepisów prawa telekomunikacyjnego, ale z uwzględnieniem wymagań wynikających z przepisów o ochronie danych osobowych.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; cookies; obowiązek informacyjny; zgoda; przeglądarka; dane osobowe.

* Profesor Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

I. Wprowadzenie

Pojęcie cookies, niekiedy zastępowane polskim określeniem „ciasteczka", oznacza informacje umieszczane w urządzeniach końcowych użytkowników usług, przez przedsiębiorców świadczących usługi w sieciach telekomunikacyjnych, a następnie wykorzystywane do różnych celów związanych z prowadzoną działalnością. Możliwość gromadzenia informacji o użytkownikach urządzeń telekomunikacyjnych za pomocą cookies spowodowała zainteresowanie tymi działaniami ze strony organów odpowiedzialnych za ochronę danych osobowych użytkowników. Grupa Robocza ds. Artykułu 29 (dalej: Grupa Robocza) już w zaleceniu z 1999 roku wskazywała na zagrożenia dla danych osobowych użytkowników Internetu wynikające z operacji niewidocznych dla użytkowników i realizowanych bez ich wiedzy, polegających na przesyłaniu w protokole HTTP informacji wykraczających poza to, co jest potrzebne do nawiązania połączenia z serwerem. Wśród budzących wątpliwości mechanizmów wymieniono m.in. cookies. Już wówczas sformułowano postulat informowania użytkowników w przystępny sposób o zamiarze przechowywania cookies oraz o tym, jakie informacje są w nich umieszczane, w jakim celu i na jaki okres. Z unijnych przepisów o ochronie danych osobowych wyprowadzono wymóg, aby użytkownik mógł swobodnie decydować o tym, w jakim zakresie akceptuje przechowywanie i wykorzystywanie cookies w jego urządzeniu, a także, aby mógł w prosty sposób usuwać cookies na podstawie instrukcji otrzymanych od dostawcy usług[1].

Skutki stosowania cookies nadal pozostają w zakresie zainteresowania władz chroniących dane osobowe, ale szczegółowe przepisy w tej sprawie zostały wprowadzone do dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)[2]. Postanowienia tej dyrektywy dotyczące cookies, znowelizowane w roku 2009, zostały przeniesione do art. 173 prawa telekomunikacyjnego (dalej: Pt)[3].

II. Rodzaje i funkcje cookies

Cookies to rodzajowe określenie dla dość zróżnicowanych i stale rozwijanych technologii informatycznych. Podstawowy rodzaj cookies jest związany z korzystaniem z protokołu HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) służącego do przesyłania dokumentów hipertekstowych w sieci WWW (*World Wide Web*). Protokół wysyła do dostawcy usługi dane dotyczące żądanego przez użytkownika dokumentu, wykorzystywanej przeglądarki, rodzajów akceptowanych plików, preferowanego języka, sposobu kodowania i formy dostarczenia dokumentu. Protokół nie zachowuje po stronie dostawcy usługi internetowej informacji o historii korzystania z usługi przez użytkownika, jego preferencjach i sposobie korzystania z usługi. W celu identyfikacji urządzenia służącego do korzystania z usługi i dostarczenia usługi zgodnie z preferencjami użytkownika, serwer dostawcy usługi przy pierwszym korzystaniu z usługi, poza żądanym dokumentem, przesyła do urządzenia również informacje ułatwiające przyszłe korzystanie z usługi przez użytkownika. Informacje te, zapisane przez urządzenie usługobiorcy, są następnie odczytywane przez serwer usługi internetowej

[1] Recommendation 1/99 on Invisible and Automatic Processing of Personal Data on the Internet Performed by Software and Hardware, 23 December 1999, WP 17, s. 3.

[2] Dz. U. L 201, z 31.7.2002, s. 37.

[3] Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

przy każdym kolejnym przypadku korzystania z tej usługi internetowej. Te właśnie informacje przechowywane w urządzeniu końcowym użytkownika, a następnie odczytywane przez serwer usługi rodzajowo określa się jako cookies. Informacje te są zapisywane w pamięci urządzenia, w odpowiednim katalogu lub w oprogramowaniu wykorzystywanym do łączenia z usługami internetowymi (przeglądarce). Są one zapisane w postaci tekstowej. Poza nazwą serwera (domeny) i terminem ważności, cookies zawierają ciąg znaków zawierających informacje czytelne dla serwera, który je wysłał lub urządzeń z nim współpracujących. Zawartość tych informacji jest uzależniona od funkcji realizowanych przez dostawcę usługi z wykorzystaniem cookies.

Obok cookies związanych z wykorzystaniem protokołu HTTP, przepisom dotyczącym cookies podlegają pokrewne rozwiązania określane zbiorczo jako technologie lokalnego przechowywania danych (*local storage*). Szczególnie szeroko wykorzystywane są tzw. Flash cookies. Taką kwalifikację prawną uzasadnia ich podobieństwo do HTTP cookies[4]. Służą one do wspomagania oprogramowania Adobe Flash obsługującego treści multimedialne. Przechowują informacje niezbędne do przekazania materiału wideo z zachowaniem jakości oraz szybkości transferu odpowiadającej charakterystyce urządzenia wykorzystywanego przez użytkownika oraz łącza, z którego on korzysta. Do technologii o funkcjonalności zbliżonej do cookies zalicza się również znaczniki pikselowe (piksele), zawierające fragmenty kodu strony internetowej lub aplikacji, które po umieszczeniu w urządzeniu użytkownika umożliwiają odczytywanie i umieszczanie cookies oraz ich wykorzystywanie przez dysponenta usługi lub podmioty z nim współpracujące. Grupa Robocza zwróciła również uwagę na konieczność stosowania przepisów o cookies do przechowywania i wykorzystywania danych służących do identyfikacji urządzeń (*device fingerprinting*). Poprzez zestawianie informacji charakteryzujących urządzenie lub wersję używanej aplikacji (np. dane o formatowaniu dokumentów, nagłówkach w protokole HTTP, wersji przeglądarki, zainstalowanych czcionkach) dostawcy usług mogą identyfikować użytkowników w sposób taki, jak za pomocą cookies. Ponieważ w tym przypadku z reguły nie przechowują informacji, lecz jedynie wykorzystują informację z urządzenia do celów analitycznych lub śledzenia użytkownika, mają skłonność do unikania obowiązków odnoszących się do cookies[5].

Technologie służące lokowaniu informacji dostawców usług w urządzeniach użytkowników i ich wykorzystywaniu są stale rozwijane. Rozwój cookies i podobnych technologii jest określany jako „wyścig zbrojeń", w którym odpowiedzią na coraz to nowe techniki śledzenia zachowań użytkowników w sieci są udoskonalone techniki ochrony ich prywatności[6]. Zwiększa się objętość informacji lokowanych w urządzeniach użytkowników, zmieniają mechanizmy jej wykorzystywania i obsługiwane funkcje. Jednocześnie nowsze technologie działają w sposób mniej jawny dla użytkownika w porównaniu z klasycznymi cookies.

Funkcje cookies są coraz bardziej zróżnicowane. Przede wszystkim służą one uwierzytelnianiu użytkowników korzystających z usługi, dostosowywaniu usługi do warunków korzystania z niej (np. rodzaju urządzenia), ustalonych preferencji użytkownika w zakresie języka, formatu dokumentów oraz sposobu korzystania z usługi (np. sposobu logowania i korzystania z poszczególnych funkcji usługowych). Cookies są również wykorzystywane przez dostawców

[4] *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies*, Information Commissioner's Office, May 2012. s. 2.

[5] Opinion 9/2014 on the application of Directive 2002/58/EC to device fingerprinting, 25 November 2014, WP 224, s. 3.

[6] G. Acar, Ch. Eubank, S. Englehardy, M. Juarez, A. Narayanan, C. Diaz, *The Web Never Forgets: Persistent Tracking Mechanisms in the Wild*, s. 1. Pozyskano z: https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent/the_web_never_forgets.pdf.

usług na potrzeby związane z badaniem i statystykami wykorzystania usługi. Dostawcy deklarują wykorzystanie cookies do zapewniania bezpieczeństwa usług, zapobiegania oszustwom przy logowaniu, włamaniom na cudze konta i podobnym nieprawidłowościom. Niezależne badania funkcji cookies związanych z zapobieganiem nieprawidłowościom nie zawsze potwierdzają jednak faktyczne występowanie deklarowanych przez dostawców funkcjonalności ochronnych[7]. Technologia cookies może być wykorzystana do blokowania instalacji cookies pochodzących od dostawcy usługi, jeżeli użytkownik urządzenia końcowego sprzeciwi się instalowaniu na nim cookies (tzw. *opt-out cookies*) pochodzących z tej usługi. Technologia cookies w coraz szerszym zakresie jest wykorzystywana do identyfikowania użytkownika w celu przesyłania mu reklam odpowiadających jego preferencjom, ustalonym na podstawie analizy korzystania z usług internetowych.

Funkcje cookies są związane z czasem ich przechowywania w urządzeniu użytkownika. Stosunkowo niski poziom ingerencji w prywatność użytkownika wykazują cookies sesyjne (*session cookies*). Według badań przeprowadzonych przez Grupę Roboczą, cookies sesyjne to jedynie ok. 14% ogólnej liczby cookies[8]. Ulegają one likwidacji po wylogowaniu z usługi, opuszczeniu strony internetowej lub zamknięciu przeglądarki obsługującej połączenie ze stroną. Takie cookies służą do wiązania czynności użytkownika w ramach jednego połączenia z usługą, zapisywania ustawień usługi i dyspozycji przekazanych w czasie sesji, ułatwiania poruszania się użytkownika po różnych częściach serwisu oraz eliminacji kolejnych czynności weryfikacyjnych. Typowe wykorzystanie cookies sesyjnych występuje w czasie wizyty na stronie sklepu internetowego, w czasie której użytkownik przekazuje kolejne dyspozycje w różnych częściach serwisu sprzedażowego.

Trwałe (*persistent*) cookies, które dominują w praktyce (ok. 86%) są przechowywane w urządzeniu użytkownika przez dłuższy okres, do upływu terminu ich ważności lub usunięcia ich przez użytkownika urządzenia. Okres ważności cookies trwałych ustalany jest z reguły w przedziale 1–2 lat, choć występują cookies, których termin ważności ustala się na 31/12/9999 23:59[9]. Trwałe cookies umożliwiają rozpoznanie użytkownika przy kolejnych wizytach i wiązanie jego działań na odwiedzanej stronie z ustalonym wcześniej profilem. Zawierają informacje o ustawieniach usługi dokonanych przy pierwszej wizycie, zapewniają respektowanie wyboru dotyczącego języka usługi w przypadku usług wielojęzycznych, ustawień menu, stosowanych zakładek, ulubionych stron, sposobu wyświetlania wyników wyszukiwania, mogą także służyć do eliminacji lub ograniczenia wymogu identyfikacji użytkownika poprzez zaznaczenie opcji „zapamiętaj" („*remember me*") przy logowaniu. Przetwarzanie danych zgromadzonych dzięki trwałym cookies pochodzącym z różnych stron odwiedzanych przez użytkownika zapewnia znaczący potencjał informacyjny, który może być wykorzystany do działań reklamowych.

Funkcje cookies są również uzależnione od tego, jakie podmioty umieszczają je w urządzeniu użytkownika. Cookies stosowane przez dostawcę usługi internetowej z reguły służą do obsługi użytkownika tej usługi. Szczególne zagadnienia są związane z cookies stosowanymi przez inne podmioty niż dostawca usługi internetowej. Są one określane jako cookies strony trzeciej

[7] Pruefung der nach Abmeldung eines Facebook-Nutzers verbleibenden Cookies, Der Hamburgische Beauftragte fuer Datenschutz und Informationsfreiheit, 2.11.2011. Pozyskano z: https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/Pruefbericht_Facebook-Cookies.pdf.

[8] Cookie Sweep Combined Analysis. Report, 3 grudnia 2015, Grupa Robocza ds. Artykułu 29, WP 229, s. 9.

[9] Cookie Sweep Combined…, s. 19.

(*third party cookies*) i wywołują liczne, specyficzne problemy prawne związane z ochroną danych i prywatności użytkowników usług[10]. Cookies innych podmiotów są zwykle związane z prowadzeniem przez nie działalności marketingowej (reklamowej) we współpracy z dostawcami usług internetowych. Dostawca usługi internetowej instaluje na swojej stronie oprogramowanie, które kieruje żądania użytkownika nie tylko do informacji i usług na stronie tego dostawcy, lecz także przekierowuje je na stronę dostawcy usług reklamowych. Reklamy i inne informacje marketingowe są wyświetlane w czasie korzystania z usługi internetowej. Przeglądarka przy pobieraniu reklam i informacji zapisuje również cookies pochodzące od podmiotów prowadzących działalność marketingową. Cookies wysyłane przez te podmioty mają zapewnić dostosowanie reklam do profilu użytkownika, ograniczenie liczby wyświetleń reklamy w tym samym urządzeniu końcowym, niekiedy także wyświetlanie tych reklam w odpowiedniej kolejności, mają umożliwić ocenę efektywności kampanii reklamowej i rozliczenie jej ze zleceniodawcą na tej podstawie. Dostawca usług reklamowych obsługuje w ten sposób reklamodawców, którzy poszukują dostępu do użytkowników w czasie korzystania przez nich z usług internetowych. Umożliwienie innym podmiotom działalności marketingowej (reklamowej) w stosunku do osób odwiedzających strony internetowe jest ważnym źródłem finansowania tych stron, szczególnie w przypadku, gdy udostępniają one zawartość użytkownikom nieodpłatnie. Wartość reklamy on-line stale rośnie i jest ważnym czynnikiem rozwoju gospodarki cyfrowej. Raport Grupy Roboczej z 2015 roku, przygotowany na podstawie danych z 8 państw członkowskich UE wskazuje, że cookies stron trzecich stanowią ok. 70% wszystkich cookies adresowanych do użytkowników najpopularniejszych usług internetowych w tych państwach[11].

Dostawcy usług reklamowych są zainteresowani podążaniem treści reklamowych za użytkownikiem korzystającym z różnych stron internetowych. Chodzi o dostarczanie mu treści reklamowych dostosowanych do jego indywidualnych preferencji i zainteresowań, które wynikają z profilu zbudowanego na potrzeby tzw. reklamy behawioralnej na podstawie analizy jego aktywności w sieci internetowej. Do budowy profilu użytkownika wykorzystuje się dane o rodzaju odwiedzanych stron, częstotliwości tych wizyt, interakcji z materiałami na stronach, hasłach stosowanych przy wyszukiwaniu, treściach zamieszczanych na stronach internetowych przez użytkownika[12]. W reklamie behawioralnej wykorzystywane są cookies śledzące (*tracking cookies*) informujące o wcześniejszej aktywności użytkownika. W mechanizmie reklamy behawioralnej uczestniczy kilka kategorii podmiotów. Uczestniczą w nim dostawcy usług reklamowych (określani również jako dostawcy sieci reklamowych), którzy zbierają dane o użytkownikach, przetwarzają je oraz dostarczają spersonalizowane treści reklamowe. To na nich spoczywa ciężar dostosowania treści reklamowych do zainteresowań użytkownika. Działają oni na rzecz reklamodawców, zainteresowanych przekazaniem treści reklamowych odpowiednich do profilu użytkownika. Jest to możliwe dzięki współdziałaniu dostawców usług reklamowych z dostawcami usług internetowych, którzy zapewniają dostęp do użytkownika i przeznaczają część pojemności informacyjnej swojej usługi na transmisję treści reklamowych, dzięki czemu mogą finansować

[10] Podkreśla znaczenie tego rozróżnienia na gruncie prawa telekomunikacyjnego: A. Karpiński, *Pliki cookies w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych*, cz. I, „Edukacja Prawnicza" 2014, nr 1, s. 21.

[11] Cookie Sweep Combined…, s. 2.

[12] Opinion 2/2010 on online behavioural advertising, WP 171, 22 June 2010, s. 4.

swoją zasadniczą usługę[13]. Współpraca ta ma charakter wielostronny. Obecnie stosowane technologie umożliwiają dostawcom usług reklamowych korzystanie z wielu źródeł informacji o użytkowniku. Dostawcy usług internetowych mogą korzystać z treści reklamowych dostarczanych przez wielu dostawców reklam.

III. Podstawy prawne stosowania cookies

Sprawy cookies zostały uregulowane na poziomie prawa UE w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej. Początkowo, do czasu nowelizacji w roku 2009 wymagano, aby umieszczenie informacji w urządzeniu końcowym oraz uzyskanie dostępu do tej informacji przez dostawcę usługi było możliwe po przekazaniu użytkownikowi urządzenia jasnej i wyczerpującej informacji zgodnie z dyrektywą 95/46/WE w sprawie ochrony danych osobowych, w szczególności informacji dotyczącej celów przetwarzania. Dysponent informacji powinien zapewnić użytkownikowi urządzenia możliwość sprzeciwienia się takiemu przetwarzaniu. Wymogi te nie musiały być spełnione w dwóch przypadkach. Po pierwsze, w przypadku technicznego przechowywania danych bądź dostępu, dokonywanych wyłącznie w celu wykonania bądź ułatwienia transmisji przekazu poprzez sieć łączności elektronicznej, czyli wykonania usługi telekomunikacyjnej. Wyłączenie obejmowało nie tylko wykonanie tej usługi, lecz także „ułatwienie" (*facilitation*) transmisji komunikatów. Po drugie, wyłączenie miało zastosowanie w przypadku, gdy instalowanie informacji było ściśle niezbędne w celu świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego (czyli usługi świadczonej drogą elektroniczną w terminologii krajowej) na wyraźne życzenie użytkownika bądź abonenta.

Problematyce cookies poświęcony był motyw 25 dyrektywy 2002/58/WE. Akcentował on korzyści odnoszone ze stosowania cookies, w przeciwieństwie do szkodliwych elementów takich jak programy szpiegujące czy robaki sieciowe. Wskazywał na ich użyteczność przy analizie efektywności stron internetowych i marketingu oraz weryfikacji tożsamości użytkowników zaangażowanych w transakcje on-line. Kluczowe znaczenie przypisano obowiązkowi informacyjnemu w stosunku do użytkownika urządzenia końcowego, w którym umieszcza się cookies. Wymagano, aby możliwość zgłoszenia sprzeciwu była oferowana podczas umieszczania informacji w urządzeniu, w czasie sesji wykorzystujących tę informację, a także w razie późniejszego wykorzystywania tych informacji. Dopuszczano jednocześnie uzależnianie dostępu do zawartości strony internetowej od udzielenia zgody na zainstalowanie cookies bądź podobnego narzędzia, pod warunkiem jego wyczerpującego opisu, o ile cel jego użycia jest prawnie dozwolony. Przepisy z 2002 roku realizowały zatem zasadniczo model *opt-out* wsparty na obowiązku informacyjnym[14].

Nowelizacja dyrektywy 2002/58/WE z roku 2009 spowodowała istotne zmiany w art. 5 ust. 3[15]. Polegały one na przejściu w sprawie cookies od modelu *opt-out* do modelu *opt-in*, powiązanego z ograniczoną listą wyjątków, przy czym niezbyt precyzyjne sformułowania dyrektywy oraz zróżnicowane koncepcje implementacyjne krajowych prawodawców spowodowały, że faktyczne roz-

[13] Zob. opis tego układu w: Opinion 2/2010 on online…, s. 5.

[14] G. Karp, *Privacy protection in the telecommunications sector – new rules of storing information in telecommunications terminal equipment*, [w:] S. Piątek (ed.), *Telecommunications Regulation in Poland*, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, University of Warsaw, Faculty of Management Press, Warsaw 2013, s. 216.

[15] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów, Dz. Urz. L 337, s. 11, 18.12.2009.

wiązania łączą różne elementy obydwu modeli[16]. Argumentacja akcentująca zastosowanie modelu *opt-in* wskazuje na konieczność uzyskania uprzedniej zgody. Argumentacja nawiązująca do modelu *opt-out* dotyczy głównie możliwości wyrażania zgody poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi. Obecnie przepis art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że „[p]aństwa członkowskie zapewniają, aby przechowywanie informacji lub uzyskanie dostępu do informacji już przechowywanych w urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika było dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że dany abonent lub użytkownik wyraził zgodę zgodnie z dyrektywą 95/46/WE po otrzymaniu jasnych i wyczerpujących informacji, między innymi o celach przetwarzania. Nie stanowi to przeszkody dla każdego technicznego przechowywania danych ani dostępu do nich jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, lub gdy jest to ściśle niezbędne w celu świadczenia usługi przez dostawcę usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika". Przepisy art. 5 ust. 3 dyrektywy zostały implementowane w państwach członkowskich w sposób zróżnicowany zarówno pod względem normatywnym, jak i co do sposobu interpretacji obowiązującego prawa przez krajowe organy regulacyjne[17].

W prawie krajowym sprawy stosowania cookies i podobnych instrumentów uregulowano w art. 173 ust. 1–3 Pt. Artykuł ten był modyfikowany odpowiednio do zmian zachodzących w dyrektywie. Zgodnie z obecnym brzmieniem tych przepisów Pt, przechowywanie informacji lub uzyskiwanie dostępu do informacji już przechowywanej w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika końcowego jest dozwolone za jego zgodą pod warunkiem przekazania mu w sposób jednoznaczny, łatwy i zrozumiały informacji o celu tych działań oraz o możliwości określenia przez niego warunków tych działań za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi. Dodatkowo, działania te nie mogą powodować zmian konfiguracyjnych w urządzeniu końcowym i oprogramowaniu zainstalowanym w tym urządzeniu. Zgoda może być wyrażona za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi. Warunków tych nie stosuje się, jeżeli przechowywanie informacji i dostęp do niej są konieczne do wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostarczenia usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego.

Stosowanie przedstawionych wyżej wymagań prawnych dotyczących cookies nie jest uzależnione od tego czy informacje zawarte w cookies mają charakter danych osobowych. Informacje te mogą być uznane za dane osobowe, jeżeli pozwalają na identyfikację użytkownika, a nie wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Ocena w tym zakresie jest uzależniona od charakteru, okoliczności, sposobu i celu przetwarzania informacji zawartych w cookies[18]. Jeżeli posługiwanie się cookies będzie miało cechy przetwarzania danych osobowych, to na poziomie prawa unijnego będzie miała zastosowanie dyrektywa 95/46/WE. Natomiast na gruncie prawa krajowego zastosowanie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych

[16] G. Karp, *Privacy protection*…, s. 214, D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych (uwagi na temat znowelizowanego art. 173 PrTelekom),* dodatek „Monitor Prawniczy" 2013, nr 8, „Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2013", s. 14, Legalis.

[17] *EU Cookie Audits - Are you compliant?*, Fieldfisher, TRUSTe, s. 5. Pozyskano z: http://www.fieldfisher.com/media/3002508/052215_cookie_white-paper-44158607_1.pdf

[18] M. Brzozowska, *Ochrona danych osobowych w sieci*, PRESSCOM sp. z o.o., Wrocław 2012, s. 38.

osobowych[19] (dalej: uodo) nie jest konieczne w zakresie uregulowanym w art. 173 ust. 1–3 Pt, gdyż trudno byłoby uznać, że przepisy te przewidują ochronę słabszą niż zapewnia uodo. Taki wniosek należy wyprowadzić z art. 5 uodo. Zatem ma gruncie prawa krajowego odwoływanie się w sprawie cookies do uodo nie jest konieczne ani w zakresie, w jakim sprawa cookies została uregulowana w Pt (art. 173 ust. 1-3), ani w sprawie zasad uzyskiwania zgody na ich stosowanie (art. 174 Pt). Przepisy te w oczywisty sposób nie obejmują wszystkich celów, jakie mogą być realizowane z wykorzystaniem cookies, w szczególności celów reklamowych. Nie obejmują również wykorzystania cookies w powiązaniu z innymi danymi, jakimi dysponują niektórzy dostawcy usług. Zatem również na gruncie prawa krajowego występuje potencjał do zastosowania w odniesieniu do cookies przepisów uodo. Przemawia za tym stanowisko Grupy Roboczej, która uznaje iż posługiwanie się cookies oznacza przetwarzanie unikalnych identyfikatorów[20], a to z kolei umożliwia wyróżnienie użytkownika spośród pozostałych użytkowników usługi internetowej, choć nie prowadzi do przetwarzania imienia i nazwiska użytkownika. W tych przypadkach, gdy informacje zawarte w cookies mogą być zestawione z informacjami bezpośrednio identyfikującymi użytkownika, podawanymi przez użytkownika przy rejestracji (zawarciu umowy), zasadność traktowania informacji zawartych w cookies jako danych osobowych nie ulega wątpliwości.

IV. Zakres zastosowania przepisów o cookies

1. Zakres podmiotowy

Przepisy art. 173 ust. 1–3 Pt o przechowywaniu i dostępie do informacji w urządzeniu końcowym użytkownika dotyczą każdego podmiotu, który dokonuje takich czynności. Podmiot taki musi poinformować użytkownika o stosowaniu cookies i uzyskać zgodę na ich wykorzystanie, o ile nie przysługuje mu zwolnienie od tych obowiązków. Wykonanie tych obowiązków może być trudniejsze dla podmiotów, które nie mają bezpośredniej relacji usługowej z użytkownikiem, w szczególności nie są ani przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, ani dostawcą usług świadczonych drogą elektroniczną. Wniosek, iż te właśnie dwie grupy są w pierwszej kolejności adresatami przepisów o cookies można wyprowadzić z art. 173 ust. 3 Pt określającego wyłączenia. Są to przedsiębiorcy telekomunikacyjni w rozumieniu art. 2 pkt 27 Pt, którzy jednak korzystają z cookies w węższym zakresie niż druga grupa dostawców usług. Przepisy art. 173 Pt nie odsyłają w sprawie świadczenia usług drogą elektroniczną do ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną[21] (dalej: uśude), ale nie ulega wątpliwości, że adresatami omawianych przepisów są przede wszystkim usługodawcy w rozumieniu art. 2 pkt 6 tej ustawy. Te dwie grupy podmiotów korzystają pod pewnymi warunkami z wyłączeń od obowiązku informacyjnego i obowiązku uzyskania zgody.

Podmiotowy zakres obowiązywania przepisów o cookies w prawie unijnym i krajowym jest szerszy niż podmiotowy zakres dopuszczalnych wyłączeń, które dotyczą tylko przedsiębiorców dostarczających usługi telekomunikacyjne i usługi świadczone drogą elektroniczną. Niewątpliwie, przepisy dotyczące cookies dotyczą dostawców usług reklamowych, którzy stanowią typowy przypadek „strony trzeciej" stosującej cookies. W stosunku do dostawców usług reklamowych nie da

[19] Dz. U. z 2014 r., poz. 1182.

[20] Opinion 2/2010 on online…, s. 9.

[21] Dz.U. z 2013 r., poz. 1422.

się uzasadnić zastosowania wyłączenia z art. 173 ust. 3 pt, gdyż wykazanie, że wykonanie usługi reklamowej jest konieczne do wykonania usługi świadczonej drogą elektroniczną byłoby trudne. Dlatego dostawcy usług reklamowych w każdym przypadku będą zobowiązani do wykonania obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody użytkownika urządzenia.

Dostawcy usług telekomunikacyjnych i usług świadczonych drogą elektroniczną mogą samodzielnie wykonać obowiązek informacyjny i obowiązek uzyskania zgody. Dostawcy usług internetowych nie są zobowiązani do wykonywania obowiązków dotyczących cookies na rzecz „stron trzecich", z którymi współpracują. Ponieważ jednak użytkownik rozpoczyna korzystanie z usługi na stronie dostawcy usług internetowych, z reguły pośredniczy on w wykonaniu obowiązku informacyjnego oraz pozyskaniu zgody użytkownika na rzecz strony trzeciej.

Znacznie trudniejsze problemy interpretacyjne dotyczące podmiotowego zakresu zastosowania przepisów o cookies powstają w przypadku, gdy informacje przetwarzane w związku z wykorzystaniem cookies mają charakter danych osobowych. W pierwszej kolejności obowiązki administratora danych osobowych obciążają dostawcę usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, szczególnie gdy poza informacjami pochodzącymi z cookies dysponuje on danymi użytkownika zebranymi w trakcie rejestracji (zawierania umowy). Jeżeli dostawca usługi internetowej współpracuje z dostawcami usług reklamowych powstaje zagadnienie, czy i w jakim zakresie dostawca usługi internetowej powinien być traktowany jako administrator danych przetwarzanych przez dostawcę usługi reklamowej. Dostawca usługi internetowej zapewnia przekierowanie wyszukiwarki użytkownika na serwer dostawcy usług reklamowych, co powoduje przesłanie temu podmiotowi numeru IP urządzenia użytkownika, dzięki czemu do urządzenia mogą być następnie skierowane reklamy i cookies, a także podejmowane działania dotyczące profilu użytkownika. Przekierowanie żądania użytkownika następuje automatycznie, z reguły poza wiedzą i zamiarem użytkownika, który zamierzał jedynie skorzystać z usługi internetowej[22]. Grupa Robocza uznaje, że o ile odpowiedzialność dostawcy usługi internetowej nie obejmuje profilowania na podstawie informacji pozyskanych z cookies, o tyle obejmuje początkową czynność przekierowania żądania pochodzącego z wyszukiwarki. Dlatego uzasadnione jest traktowanie dostawcy usługi internetowej jako współadministratora danych, który współdecyduje o celu przetwarzania dotyczącym dostarczania spersonalizowanych reklam. Trudno jednak żądać wykonania w związku z tym wszystkich obowiązków przewidzianych dyrektywą 95/46/WE w stosunku do administratora danych osobowych. Grupa Robocza zaleca w tym przypadku elastyczne podejście do obowiązków administratora, szczególnie w przypadku, gdy dostawca usługi internetowej nie dysponuje danymi osobowymi użytkownika. Co innego gdyby dostawca usługi internetowej przekazywał dostawcy usługi reklamowej dane użytkownika uzyskane przy rejestracji w usłudze. W takim przypadku dostawca usługi internetowej wspólnie z dostawcą usługi reklamowej powinni zapewnić wykonanie wszystkich powinności administratora danych. Zapewnienie dostępu do danych użytkowników przenosi część odpowiedzialności na dostawcę usługi internetowej, a podział obowiązków związanych z wykonaniem obowiązków z tytułu administrowania danymi osobowymi powinien być określany w umowach pomiędzy dostawcami usługi internetowej i usługi reklamowej[23].

[22] Opinion 2/2010 on online…, s. 11.

[23] Ibidem, s. 12.

Ochronie wynikającej z art. 173 podlegają telekomunikacyjne urządzenia końcowe należące do abonentów i użytkowników końcowych. Ochrona przysługuje wszystkim abonentom w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pt, niezależnie od tego, w jaki sposób zawarli umowę o korzystanie z usług telekomunikacyjnych oraz czy są osobami fizycznymi, czy jednostkami o innym statusie. Ochrona przysługuje również wszystkim użytkownikom końcowym, czyli zgodnie z art. 2 pkt 50 Pt podmiotom faktycznie korzystającym z usług dla zaspokojenia własnych potrzeb, niezależnie od tego czy są stroną umowy z dostawcą usług. Ochrona przysługuje usługobiorcom w rozumieniu art. 2 pkt 7 uśude, czyli osobom korzystającym z usługi świadczonej drogą elektroniczną, przy czym ponieważ korzystanie z usługi jest możliwe tylko poprzez sieć telekomunikacyjną, to osoba korzystająca ma albo status abonenta, albo użytkownika końcowego w rozumieniu przepisów Pt.

2. Zakres przedmiotowy

Obowiązki określone w art. 173 ust. 1–3 Pt dotyczą przechowywania i korzystania z informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych w rozumieniu art. 2 pkt 43 Pt. Ochroną są objęte wszelkie urządzenia przeznaczone do zapewniania telekomunikacji (aparaty telefoniczne, smartfony, modemy, dekodery telewizyjne). Ponieważ urządzenie końcowe jest szczególnym przypadkiem urządzenia telekomunikacyjnego, czyli urządzenia przeznaczonego do zapewniania telekomunikacji, może powstawać wątpliwość co do zaliczenia do tej kategorii komputerów osobistych i innych urządzeń elektronicznych służących głównie do przechowywania i przetwarzania informacji. Definicja telekomunikacyjnego urządzenia końcowego obejmuje urządzenia przyłączone bezpośrednio i pośrednio do zakończeń sieci. Za interpretacją obejmującą również komputery przemawia cel omawianego przepisu. Ochrony wymagają nie tylko urządzenia przeznaczone głównie do telekomunikacji, lecz także urządzenia przeznaczone głównie do przetwarzania informacji, które przyłączone pośrednio lub bezpośrednio do sieci służą do korzystania z telekomunikacji i usług świadczonych drogą elektroniczną[24]. Przemawia za tym również bezpośredni związek art. 173 Pt z przepisami uśude, która dotyczy przesyłania danych za pomocą systemów teleinformatycznych, czyli systemów łączących funkcje telekomunikacyjne i informatyczne.

Zakres czynności dozwolonych warunkowo na podstawie art. 173 ust. 1 Pt obejmuje przechowywanie informacji w urządzeniach użytkownika oraz uzyskiwanie do nich dostępu. Z przepisu ust. 1 można wyprowadzić wniosek, że po spełnieniu warunków określonych w tym przepisie dozwolone jest również przesyłanie informacji do tych urządzeń i powodowanie, że dane te zostaną zapisane w pamięci urządzenia. Legalizacja przechowywania informacji oznacza, że podmioty uprawnione mogą wykorzystywać zasoby pamięci urządzenia użytkownika do utrzymywania informacji w tym urządzeniu. Legalizacja dostępu do przechowywanych informacji oznacza, że uprawnione podmioty mogą sprawdzać obecność i treść informacji zapisanych w urządzeniu. Mogą one również modyfikować treść tych informacji, a ostatecznie usunąć dane z urządzenia, gdy ustanie cel, dla którego zostały one wprowadzone.

Treść informacji przechowywanych w urządzeniu nie została bezpośrednio określona, ale nie jest ona obojętna dla stosowania przepisów art. 173 ust. 1–3 Pt. Jeżeli podstawą przetwarzania jest zgoda abonenta lub użytkownika końcowego, to treść przechowywanej informacji musi

[24] Tak m.in. S. Chmielewski, [w:] M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 678; P. Nihoul, P. Rodford, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 471.

odpowiadać opisowi funkcji cookies, jakie dostawca przekazuje dysponentowi urządzenia. Jeżeli podstawą zgody jest ustawowe zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody, to przechowywana informacja musi być konieczna do wykonania transmisji komunikatu, wykonania usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną.

V. Obowiązek informacyjny

1. Podmiot zobowiązany

Obowiązek przekazania informacji obciąża podmiot umieszczający cookies w urządzeniu oraz wykorzystujący zawartą w nich informację przy kolejnych odwiedzinach. Nie budzi to wątpliwości w przypadku dostawców usług telekomunikacyjnych lub zamówionych przez użytkownika usług świadczonych drogą elektroniczną. W przypadku przesyłania reklam podmiotów trzecich obowiązki informacyjne są bardziej złożone. W przypadku cookies przeznaczonych do działalności reklamowej podmiotem zobowiązanym do przekazania informacji jest dostawca usług reklamowych. Jednak to dostawca usługi internetowej jest odpowiedzialny za przekierowanie wyszukiwarki na stronę dostawcy usług reklamowych, co łączy się z przekazaniem informacji o adresie IP, do którego mają być kierowane cookies i spersonalizowane reklamy[25]. Podejmowanie takiego działania wymaga jednak poinformowania o tym użytkownika usługi. Wniosek taki wyprowadza się z przepisów dyrektywy 95/46/WE o ochronie danych osobowych, gdyż przepisy o posługiwaniu się cookies kwestii tej nie obejmują. Ponieważ informacje dotyczą różnych działań, a odpowiedzialność za wykonanie obowiązków informacyjnych jest podzielona, Grupa Robocza zaleca porozumienie się dostawcy usług internetowych i dostawcy usługi reklamowej co do sposobu wykonania obowiązków informacyjnych. Nie jest konieczne przekazywanie odrębnych komunikatów informacyjnych przez dostawcę usług internetowych i dostawcę usług reklamowych. Nie jest też konieczne rozdzielanie informacji wymaganych przepisami Pt oraz przepisami uodo. Wystarczający będzie komunikat przekazany przez dostawcę usług internetowych na temat wszystkich aspektów stosowania cookies albo udostępnienie w przekazywanych treściach miejsca dla dostawcy usług reklamowych na przekazanie niezbędnych informacji[26].

Wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania obowiązku informacyjnego, a następnie uzyskania zgody przez dostawcę usługi internetowej w imieniu stron trzecich zgłaszają jednak regulatorzy w niektórych państwach członkowskich. Przykładowo, włoski organ ds. ochrony danych osobowych (Garante) uznaje, że niedopuszczalne jest wymaganie od dostawcy usługi internetowej, aby podjął się tych obowiązków ze względu na brak po jego stronie pełnej wiedzy o praktykach podmiotów trzecich, zmienność tych praktyk i brak możliwości weryfikacji faktycznych funkcji realizowanych przez strony trzecie z wykorzystaniem cookies. Dostawcy usług internetowych są często podmiotami słabszymi pod względem technologicznym i ekonomicznym od dostawców usług reklamowych operujących na wielu stronach internetowych. Dlatego włoski regulator wypowiada się za oddzielnym wykonywaniem obowiązku informacyjnego oraz obowiązku uzyskania zgody przez dostawców usług internetowych oraz strony trzecie, w szczególności te strony trzecie, które zajmują się profilowaniem użytkowników na potrzeby reklamowe[27]. W takim przypadku informacje

[25] Opinion 2/2010 on online…, s. 19.

[26] Ibidem, s. 19.

[27] Garante, Simplified Arrangements to Provide Information and Obtain Consent Regarding Cookies, 8 May 2014, s. 2.

przekazywane przez dostawcę usługi internetowej powinny zawierać bezpośrednie odesłania na stron podmiotów trzecich dotyczących stosowania cookies przez te podmioty.

Informacja, którą dostarcza dostawca usługi internetowej w imieniu dostawcy usługi reklamowej powinna zawierać jasną i wyczerpującą informację o reklamowych celach cookies. Nie jest wystarczające ogólne poinformowanie o cookies innych podmiotów niż dostawca usługi internetowej. Dodatkowo wymaga się, aby informacja wskazywała jakie czynności należy podjąć w celu eliminacji cookies związanych z przekazywaniem reklam. Tylko spełnienie tego warunku pozwala na prawidłowe udzielenie należycie poinformowanej zgody.

2. Sposób wykonania obowiązku informacyjnego

O ile nie są spełnione przesłanki do zwolnienia określone w art. 173 ust. 3 Pt, to wstępnym warunkiem przechowywania i uzyskiwania dostępu do informacji zawartej w cookies jest wykonanie obowiązku informacyjnego w stosunku do dysponenta urządzenia. Pierwszą konieczną czynnością jest przekazanie informacji, następnie należy uzyskać zgodę, a dopiero po wykonaniu tych czynności można posłużyć się cookies[28]. Kolejność ta nie jest jednak w niektórych przypadkach oczywista. Niewątpliwe jest natomiast, że dostawca powinien być w stanie udokumentować kolejność poszczególnych czynności i zdarzeń.

W świetle art. 173 ust. 1 pkt 1 Pt informacja powinna być przekazana uprzednio i bezpośrednio w sposób jednoznaczny, łatwy i zrozumiały. Informacja powinna być przekazana uprzednio[29], czyli przed rozpoczęciem przechowywania, tak aby stworzyć użytkownikowi właściwe warunki do podjęcia decyzji o korzystaniu z usługi, z którą wiąże się przechowywanie informacji w jego urządzeniu[30]. Z kolei zgoda powinna być udzielona „po otrzymaniu informacji". Wymóg przekazania informacji przed uzyskaniem zgody nie budzi wątpliwości w przypadku uzyskiwania zgody w drodze specjalnego oświadczenia woli użytkownika. Jeżeli zgoda wyrażana jest poprzez odpowiednie ustawienia przeglądarki, to czynności konfigurowania przeglądarki, na które dostawca usługi nie ma wpływu, mogą poprzedzać wykonanie obowiązku informacyjnego przez dostawcę w stosunku do konkretnego użytkownika usługi. W takim przypadku zamieszczenie informacji o cookies w regulaminie usługi lub polityce prywatności można uznać za „uprzednie" wykonanie obowiązku przekazania informacji, która jednak powinna się pojawiać również w momencie wejścia przez użytkownika na stronę usługi internetowej.

Informacja powinna być przekazana bezpośrednio, choć brakuje takiego wymogu w dyrektywie. Podmiot stosujący cookies powinien przekazać informację użytkownikowi urządzenia, nie jest wystarczające publiczne ogłoszenie tej informacji. D. Karwala wypowiada się za interpretacją tego wymogu w taki sposób, iż przekazanie informacji powinno nastąpić za pomocą urządzenia wykorzystywanego do korzystania z usługi[31]. Informacja powinna być jednoznaczna. Powinna wyraźnie wskazywać, że w pamięci urządzenia zostanie zapisana informacja pochodząca od dostawcy usługi, nad której treścią i wykorzystaniem użytkownik nie będzie miał kontroli. Sposób informowania powinien być łatwy i zrozumiały, co oznacza, że powinien zakładać przeciętną znajomość zasad

[28] Konieczność zachowania tej kolejności podkreśla Grupa Robocza w: Opinion 2/2010 on online…, s. 13; zob. również G. Karp, *Privacy protection*…, s. 220.

[29] Dyrektywa wymaga, aby nastąpiło to po otrzymaniu informacji.

[30] Wymóg przekazania informacji przed rozpoczęciem stosowania cookies uzasadnia D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania*…, s. 16.

[31] D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania*…, s. 18.

funkcjonowania cookies po stronie odbiorcy informacji. Nie można przy przekazywaniu informacji posługiwać się specjalistycznym językiem technicznym lub zakładać posiadania specjalnego wykształcenia lub doświadczenia przez użytkownika. Należy zatem przy doborze sformułowań posługiwać się miarą przeciętnego użytkownika, który nie posiada wiedzy specjalnej dotyczącej sposobu funkcjonowania urządzeń teleinformatycznych i usług internetowych.

Interpretację wymagań informacyjnych ułatwiają dokumenty Grupy Roboczej[32] oraz stanowiska publikowane przez organy regulacyjne w poszczególnych państwach[33]. W Polsce takie urzędowe stanowisko dotyczące cookies nie zostało dotychczas opracowane.

Grupa Robocza postuluje, aby informacja była umieszczana na stronie, na której użytkownik rozpoczyna sesję korzystania z usługi (strona startowa). Można w tym celu zastosować ekran powitalny wyświetlany na otwieranej stronie, banner, okno dialogowe, wyraźnie wyróżniające się od pozostałej treści strony startowej. Informacja podstawowa może być wyświetlana w sposób trwały, przez pewien czas umożliwiający zapoznanie się z tekstem albo do pierwszej czynności użytkownika podjętej po wyświetleniu informacji[34]. Początkowa, ogólna informacja o stosowaniu cookies powinna odsyłać użytkownika do specjalnego adresu, dostępnego w łatwy sposób (np. poprzez hyperlink), pod którym dostępna jest pełna informacja o cookies[35]. Informacja pełna powinna obejmować cel poszczególnych rodzajów cookies, wskazywać ich dysponenta, w szczególności podmioty inne niż dostawca usługi (cookies stron trzecich). Informacja powinna określać okres przechowywania oraz typowe stany cookies (*typical values*). Informacja może zawierać także inne dane techniczne istotne dla wypełnienia obowiązku przekazania pełnej informacji użytkownikowi[36]. Informacja powinna wskazywać jak użytkownik może zaakceptować wszystkie lub poszczególne rodzaje cookies albo odmówić takiej zgody, a także w jaki sposób może zmienić swoją decyzję w przyszłości.

Informacja powinna wskazywać możliwość określenia przez abonenta lub użytkownika końcowego warunków przechowywania i dostępu za pomocą oprogramowania urządzenia końcowego lub konfiguracji usługi. Informacja dotycząca wyrażania zgody poprzez ustawienia oprogramowania (przeglądarki) powinna uwzględniać wszystkie popularne rodzaje takiego oprogramowania i może posługiwać się odesłaniami do stron dostawców takiego oprogramowania. Informacja ta powinna zapewniać użytkownikowi urządzenia możliwość podjęcia decyzji o tym, w jakim zakresie i w jaki sposób zamierza wpływać na przechowywanie i dostęp do informacji. Z przepisu nie wynika minimalny zakres warunków, jakie należy stworzyć użytkownikowi urządzenia. Wymagane jest jedynie spełnienie obowiązku informacyjnego. Usługodawca może powiązać zakres możliwego wpływu użytkownika urządzenia na cookies w jego urządzeniu z funkcjonalnością oferowanych usług. Działania użytkownika urządzenia mogą polegać na ustanowieniu odpowiednich ograniczeń w oprogramowaniu urządzenia, wybraniu odpowiednich opcji dotyczących sposobu korzystania z usługi lub złożeniu odpowiedniego oświadczenia woli dostawcy usługi.

[32] Dokument roboczy 2/2013 przedstawiający wytyczne w sprawie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie, 2 października 2013, WP 208.

[33] Zob. przegląd tych stanowisk: B. Davidson, *EU cookies issues alive and well*. Pozyskano z: http://privacylawblog.fieldfisher.com/2014/eu-cookie-issues-alive-and-well; włoski regulator ds. ochrony danych osobowych: Garante: Simplified Arrangements to Provide Information and Obtain Consent Regarding Cookies, 8 maja 2014. Pozyskano z: http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3167654; brytyjski regulator: Information Commissioner's Office, Guidance on the rules…

[34] Zob. na temat sposobów prezentowania informacji początkowej: Cookie Sweep Combined…, s. 17.

[35] Dokument roboczy 2/2013…, s. 4, podobnie: Garante: Simplified Arrangements…, s. 3.

[36] Dokument roboczy 2/2013…, s. 4.

Grupa Robocza zaleca przekazywanie informacji w sposób łatwo dostępny dla użytkownika, usytuowanie jej w widoczny sposób, bez ukrywania jej w regulaminie świadczenia usługi lub w polityce prywatności[37]. Może to jednak następować w różny sposób, z wykorzystaniem rozmaitych technik. Dopuszcza się warstwową (*layered*) organizację informacji dla użytkownika, polegającą na kolejnych odesłaniach do coraz bardziej szczegółowych informacji. Ze względu na to, że zgoda jest udzielana jednorazowo, a informacja z cookies jest wykorzystywana przez długi okres, Grupa Robocza postuluje przekazywanie informacji o stosowaniu cookies okresowo. Opowiada się także za opracowaniem ikony powiązanej z odpowiednimi informacjami, sygnalizującej przetwarzanie cookies w celu dostosowania reklam do profilu użytkownika. Brytyjski organ ds. ochrony danych dodaje, że sposób przekazania informacji powinien uwzględniać profil użytkowników korzystających z danej usługi oraz charakter strony[38].

Szczególne wymagania dotyczą przekazywania informacji o wykorzystywaniu cookies w celach reklamowych, gdyż nie mają one związku z usługą telekomunikacyjną lub usługą internetową. Grupa Robocza wymaga, aby informacja wskazywała dostawcę usług reklamowych i cel przetwarzania informacji zawartych w cookies oraz fakt przetwarzania takich informacji związanych z odwiedzinami innych stron. Zaleca się proste wyjaśnienie celu polegającego na wykorzystaniu cookies do tworzenia profili przeznaczonych do indywidualizacji przekazów reklamowych.

VI. Uzyskanie zgody

1. Podmiot udzielający zgody

Podmiotem udzielającym zgody jest w świetle art. 5 ust. 3 dyrektywy oraz art. 173 ust. 1 PT abonent lub użytkownik końcowy, a zatem albo podmiot, który jest stroną umowy dotyczącej usługi, albo faktyczny jej użytkownik. Dostawca usługi internetowej lub reklamowej nie ma możliwości ustalenia, który z podmiotów podejmuje działania związane z wyrażeniem zgody, a zatem powinien w jednakowy sposób traktować każdą zgodę. Po stronie podmiotów korzystających z usług mogą występować różne sytuacje w zakresie faktycznych możliwości wyrażania zgody, np. w przypadku urządzenia udostępnionego pracownikowi przez pracodawcę, który pełni funkcję administratora oprogramowania zainstalowanego w tym urządzeniu.

W przypadku zgód uzyskiwanych od dzieci w odniesieniu do cookies wykorzystywanych do wspomagania reklamy, Grupa Robocza postuluje informowanie rodziców o zasadach zbierania zgód użytkowników i podejmowanie działań w celu uzyskania zgody rodziców na wykorzystanie cookies w stosunku do dzieci będących użytkownikami. Ze względu na praktyczne trudności związane z identyfikacją użytkownika postuluje się, aby nie wykorzystywano w mechanizmie cookies kategorii zainteresowań przeznaczonych do wpływania na zachowanie dzieci[39].

2. Wymagania dotyczące uzyskania zgody

Przepisy art. 173 ust. 1 Pt stanowią, że abonent lub użytkownik końcowy, po otrzymaniu informacji, może wyrazić zgodę na przechowywanie i korzystanie z dostępu do informacji umieszczonej w jego urządzeniu końcowym. Do takiej zgody, którą można określić jako zgodę

[37] Opinion 2/2010 on online…, s. 18.

[38] Guidance on the rules…, s. 8.

[39] Opinion 2/2010 on online…, s. 17.

„klasyczną”[40] stosuje się przepisy art. 174 Pt określające ogólne warunki udzielania zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Ponadto, przepis art. 173 ust. 2 Pt przewiduje szczególną formę wyrażania zgody za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi.

Praktyka uzyskiwania zgód w poszczególnych państwach członkowskich jest mocno zróżnicowana, a u podstaw tego zróżnicowania leżą odmienności w sposobie implementacji art. 5 ust. 3 dyrektywy oraz podejściu krajowych regulatorów do tej sprawy. Przepisy unijne i krajowe nie określają jednoznacznie sposobu uzyskiwania zgody, raczej koncentrują się na tym czego należy unikać i dość ogólnych wskazówkach co do działania przedsiębiorcy zobowiązanego do uzyskania zgody.

Dokument Grupy Roboczej z października 2013 r. zmierza do opisania praktyki, która w każdym państwie członkowskim zapewniałaby skuteczne uzyskanie zgody na stosowanie cookies[41]. Zawiera on analizę art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE co do sposobu uzyskiwania zgody określonego w dyrektywie 95/46/WE (art. 2 lit h dyrektywy), który został dodatkowo wyjaśniony w motywie 17 dyrektywy 2002/58/WE. Zgodnie tym wyjaśnieniem zgoda może być udzielona w jakikolwiek sposób umożliwiający swobodne i świadome wyrażenie woli użytkownika, włączając zaznaczenie okna wyboru podczas przeglądania witryny internetowej. Na gruncie obecnego stanu prawnego wykształciły się w państwach członkowskich UE dwa podejścia, z których pierwsze, najczęściej praktykowane polega na akceptowaniu zgody wywiedzionej z czynności podjętych przez użytkownika po otrzymaniu informacji o stosowaniu cookies, o ile nie są to czynności zmierzające do wyeliminowania lub ograniczenia cookies. Drugie podejście, występujące m.in. w Niemczech, Austrii i Portugalii wymaga wyraźnej zgody użytkownika.

W prawie krajowym do uzyskiwania zgody z sposób standardowy stosuje się ogólne reguły wynikające z art. 174 Pt. Zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika, a także może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat[42]. Zgoda wyrażona drogą elektroniczną stanowi inną formę zgody niż zgoda wyrażona poprzez ustawienia przeglądarki lub konfigurację usługi. Nie wszystkie wymagania wynikające z art. 174 Pt będą miały zastosowanie do zgody wyrażonej poprzez ustawienia oprogramowania (przeglądarki) lub konfigurację usługi, ale pominięcie tych wymagań powinno następować tylko w przypadku oczywistego wyłączenia przepisem art. 173 ust. 2 Pt jako przepisem szczególnym[43].

Zgoda może być udzielona należycie dopiero po przekazaniu informacji, a cookies mogą być zastosowane po udzieleniu zgody. Jednak niektórzy regulatorzy krajowi dostrzegają nieuchronność przesłania cookies do urządzenia użytkownika równocześnie z wejściem przez niego na stronę usługi, co oznacza, że dostawca posługuje się tą technologią przed uzyskaniem zgody. Zaleca się w takim przypadku podejmowanie wszelkich możliwych działań ograniczających okres pomiędzy

[40] G. Karp, Protection of privacy…, s. 219.

[41] Dokument roboczy 2/2013…

[42] W sprawie poszczególnych wymagań zob. uwagi do art. 174 Pt zob. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 1018 i n.; K. Kawałek, w: K. Kawałek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 893 i nast.

[43] Zob. G. Karp, *Privacy protection*…, s. 221.

przesłaniem cookies a przekazaniem informacji i zapewnieniem użytkownikowi możliwości podjęcia decyzji w sprawie cookies[44].

Dyskusyjna jest kwestia dotycząca przejawu woli, który można uznać za wyrażenie zgody. Niewątpliwie musi się on wyrażać działaniem użytkownika. Na gruncie dyrektywy formułuje się wymóg pozytywnego działania lub innej aktywności w celu udzielenia zgody, natomiast art. 174 Pt zakazuje zgody domniemanej lub dorozumianej. Wymóg aktywnego działania jest oczywiście spełniony, gdy użytkownik klika w miejscu do tego przeznaczonym, odznacza opcję w oknie dialogowym. Oznacza to jednak udzielenie wyraźnej zgody. Na gruncie dyrektywy i prawa krajowego dopuszcza się jednak również podjęcie innego aktywnego działania, które wyraża intencję użytkownika co do akceptacji cookies. Przyjmuje się, iż zgoda została wyrażona, jeżeli po przekazaniu ogólnej informacji o stosowaniu cookies wskazującej, że rozpoczęcie korzystania z usługi oznaczać będzie udzielenie zgody na ich stosowanie, użytkownik podejmuje czynność związaną z wykorzystaniem usługi. W celu uniknięcia pomyłek wymaga się, aby obszar podejmowanego działania był zlokalizowany w pobliżu informacji na temat cookies, natomiast informacja opisująca jakie działalnie będzie uznane przez dostawcę za wyrażenie zgody była widoczna co najmniej do momentu podjęcia działania przez użytkownika. Tak udzieloną zgodę można określić jako zgodę pośrednią (*implied*)[45]. Przejście użytkownika na stronę zwierającą szczegółowe informacje o rodzajach cookies nie może być traktowane jako wyrażenie zgody[46].

Możliwość wyrażenia zgody w sposób pośredni została wyraźnie potwierdzona przez niektórych regulatorów krajowych. Włoski regulator uznaje, że jakakolwiek czynność użytkownika zmierzająca do korzystania z usługi po wyświetleniu podstawowej informacji o stosowaniu cookies, umożliwiającej bliższe zainteresowanie się użytkownika tą sprawą, oznacza zgodę na stosowanie cookies[47]. Brytyjski organ do spraw ochrony danych dopuszcza zgodę domniemaną (*implied consent*) wyprowadzoną z różnych czynności, takich jak wejście na stronę lub kliknięcie[48]. Podkreśla natomiast, że również w przypadku zgody domniemanej powinny być zachowane wymogi co do dobrowolności zgody (*freely given*), jej konkretności (*specific*) i spełnienia wymogu przekazania informacji (*informed*). Kluczowe znaczenie ma zatem świadomość skutków czynności podejmowanej przez użytkownika, którą trudno byłoby osiągnąć gdyby dostawca usługi nie podjął żadnego działania w celu uświadomienia użytkownikowi faktu wykorzystywania cookies. Przejawy woli użytkownika dotyczące wyłącznie skorzystania z usługi nie są wystarczające dla domniemania zgody, konieczne są przejawy woli dotyczące akceptacji przechowywania cookies w urządzeniu użytkownika. To zaś w przypadku zgody pośredniej można osiągnąć tylko poprzez odpowiednie działania informacyjne w stosunku do użytkownika, w świetle których można dopiero interpretować jego czynności związane z rozpoczęciem korzystania z usługi. Podobny pogląd wyraża również w odniesieniu do art. 173 Pt GIODO, który łącznie ocenia, że w sprawie sposobu wyrażania zgody zastosowano rozwiązanie faktycznie zbliżone do modelu *opt-out*, który jest szczególnie uzasadniony w odniesieniu do cookies sesyjnych[49]. Wprowadzenie wymogu

[44] Guidance on the rules…, s. 6.

[45] Proponuje się również określenie takiego sposobu udzielania zgody jako modelu „niestandardowego"; zob. G. Karp, *Privacy protection*…, s. 219.

[46] Dokument roboczy 2/2013…, s. 6.

[47] Garante, Simplified Arrangements…, s. 3.

[48] Guidance on the rules…, s. 7.

[49] Por. odmienną ocenę całości rozwiązania zastosowanego w Polsce; zob. G. Karp, *Privacy protection*…, s. 218.

uzyskiwania wyraźnej zgody w odniesieniu do tej kategorii cookies prowadziłoby do zniechęcenia użytkownika do idei prywatności[50].

Dopuszczenie wyrażenia zgody poprzez ustawienia przeglądarki nie oznacza wyjątku od obowiązku uzyskania zgody. Legalizuje jedynie taki sposób wyrażenia zgody, który o ile jest możliwy ze względów technicznych i skuteczny, to również spełnia wymaganie udzielenia jednoznacznej zgody na stosowanie cookies[51]. W związku z udzielaniem zgody poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi powstaje zagadnienie, na ile konieczne są w tym zakresie konkretne działania użytkownika, w szczególności czy wystarczające będzie wykorzystanie ustawień domyślnych. Abonent lub użytkownik końcowy może bowiem podjąć decyzję co do wyrażenia zgody poprzez dokonanie odpowiednich ustawień, umożliwiających przetwarzanie danych na akceptowalnym dla niego poziomie, ale może również pozostawić ustawienia na domyślnym poziomie, określonym przez dostawcę oprogramowania lub usługi. Stanowiska w tej sprawie są zróżnicowane[52], choć jednolicie wymaga się przekazania użytkownikowi przez dostawcę usługi internetowej informacji o różnych rodzajach oprogramowania, które może być wykorzystane do przesądzenia sprawy cookies. Informacja powinna dotyczyć tego oprogramowania, które wykorzystuje użytkownik, ale może być ona częścią informacji o oprogramowaniu innych dostawców występującym na rynku. Przepis art. 173 ust. 2 Pt stanowi, że zgoda może być wyrażona za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym przez niego telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi, co nie wskazuje na wymóg aktywnego, czynnego oddziaływania użytkownika to ustawienie lub konfigurację.

Dalej idące wymagania dotyczące wyrażania zgody poprzez ustawienia przeglądarki formułuje się w odniesieniu do cookies pochodzących od stron trzecich. Grupa Robocza uznaje, że nie jest równoznaczny z taką zgodą sam fakt korzystania przez użytkownika z przeglądarki z domyślnymi ustawieniami, umożliwiającymi instalowanie cookies stron trzecich. Grupa Robocza zaapelowała w swojej opinii, aby konstrukcja przeglądarki zapewniała domyślnie ochronę prywatności, blokując instalowanie i wykorzystywanie cookies pochodzących od stron trzecich. Wyszukiwarka powinna przy instalacji i aktualizowaniu wymagać podjęcia przez użytkownika decyzji dotyczących prywatności w sprawach cookies. Jeżeli użytkownik stosuje oprogramowanie domyślnie ustawione w sposób akceptujący cookies stron trzecich, to stan taki uniemożliwia przyjęcie, iż zgoda została prawidłowo udzielona[53]. Generalnie, zdaniem Grupy Roboczej możliwość wyrażenia skutecznej zgody dotyczącej cookies stron trzecich poprzez ustawienia przeglądarki jest ograniczona do bardzo nielicznych przypadków[54].

Nie ulega wątpliwości, że poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi można również odmówić udzielenia zgody. Wprawdzie przepis art. 172 ust. 2 Pt mówi tylko o wyrażeniu zgody za pomocą konfiguracji lub ustawień, ale określone wybory dotyczące ustawień przeglądarki lub konfiguracji usługi mogą oznaczać odmowę wyrażenia zgody na stosowanie cookies.

[50] B. Marek, *Rozmowa z dr Wojciechem Wiewiórowskim Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych*, „Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review" 2013, nr 1, s. 50.

[51] Opinion 2/2010 on online…, s. 13.

[52] Por. pozytywne stanowisko D. Karwali, *Nowe zasady przechowywania*…, s. 17.

[53] Opinion 2/2010 on online…, s. 14.

[54] Ibidem, s. 23.

Mechanizm rozstrzygania przez użytkownika urządzenia o sprawach cookies powinien umożliwiać różne pozytywne i negatywne decyzje. Użytkownikowi należy zapewnić wolny wybór polegający na wyrażeniu zgody na wszystkie rodzaje cookies, tylko niektóre z nich albo na odmowę przyjmowania cookies. Odmowa nie powinna uniemożliwiać korzystania z usługi, choć może ograniczyć jej funkcjonalność. Nie blokuje ona bowiem możliwości instalowania i korzystania z cookies bezwzględnie koniecznych do świadczenia usługi (np. niektórych cookies sesyjnych). Niedopuszczalne jest generalne uzależnienie dostępu do usługi internetowej od zgody na instalowanie wszelkich cookies. Grupa Robocza wyprowadza taki zakaz z motywu 25 dyrektywy 2002/58/WE, który dopuszcza uzależnienie dostępu „do niektórych treści zamieszczonych na stronach internetowych" od udzielenia zgody[55].

Z art. 174 pkt 3 Pt wynika, że zgoda może być wycofana w każdym czasie. Dlatego szczegółowa informacja o sposobie wycofywania zgody powinna być łatwo dostępna na stronie usługi (np. poprzez hyperlink). Dotyczy to również zgody udzielonej za pomocą ustawień oprogramowania lub konfiguracji usługi. Wycofanie zgody wymaga zmiany ustawień przez użytkownika oprogramowania lub usługi. W literaturze wskazuje się, że Flash cookies mogą się cechować odpornością na próby usuwania ich z urządzeń przez użytkowników i nie zawsze uwzględniają wybory użytkowników dotyczące instalowania cookies w urządzeniu[56].

Przepisy art. 173 Pt nie precyzują skutków wycofania zgody. Niewątpliwie z faktu wycofania zgody wynika zakaz umieszczania i korzystania z danych w przyszłości. Ponadto usługodawca nie może korzystać z danych umieszczonych wcześniej w urządzeniu użytkownika. W przypadku, gdy zgoda jest wyrażana w sposób określony w art. 173 ust. 2 Pt, wówczas po wycofaniu zgody w formie zmiany ustawień oprogramowania lub konfiguracji usługi użytkownik urządzenia musi samodzielnie usunąć cookies przechowywane w urządzeniu.

Dokonanie czynności informacyjnych i wykazanie okoliczności pozwalających na przyjęcie, że użytkownik wyraził zgodę powinno być udokumentowane przez dostawcę usługi internetowej. Przepis art. 174 pkt 2 Pt wymaga, aby zgoda wyrażona drogą elektroniczną była utrwalona.

3. Zakres udzielonej zgody

Istotną kwestią jest zakres czasowy zgody udzielonej w sprawach cookies. Motyw 25 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że informacja i prawo do odmowy mogą być oferowane jednorazowo w czasie tego samego połączenia oraz mogą obejmować wszelkie dalsze korzystanie z tych narzędzi w trakcie kolejnych połączeń. Zgoda udzielona na początku sesji może zatem objąć wszystkie cookies przesłane do urządzenia użytkownika w czasie tej sesji, ale także wszystkie przypadki wykorzystania cookies podczas kolejnych połączeń ze stronami, które mogą odczytywać treść cookies. Zgoda obejmuje zatem wszelkie przyszłe wykorzystanie cookies przez cały okres ich pozostawania w urządzeniu użytkownika. Ani z dyrektywy, ani z przepisów krajowych nie wynika jakikolwiek termin ograniczający dozwolony okres przetwarzania cookies.

W przypadku cookies jednosesyjnych wymagających zgody, problem okresu ich wykorzystywania rozwiązuje się samoistnie wraz z opuszczeniem strony, zamknięciem przeglądarki lub innym podobnym działaniem. Cookies sesyjne nie wymagające zgody muszą być usunięte w tym samym

[55] Dokument roboczy 2/2013…, s. 7.

[56] A. Soltani, S. Canty, Q. Mayo, L. Thomas, C.J. Hoofnagle, *Flash Cookies and Privacy*, August 10, 2009. Pozyskano z: http://ssrn.com/abstract=1446862 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862.

momencie. Okres przetwarzania cookies jest szczególnie istotny w przypadku cookies służących do prowadzenia działalności reklamowej, profilowania użytkowników i podobnych działań stron trzecich. Grupa Robocza proponuje, aby okres zgody na takie działania nie przekraczał jednego roku. Ponieważ nie da się tego postulatu zrealizować poprzez ograniczenie możliwości wyrażenia zgody na dłuższy okres, należałoby to osiągnąć poprzez jednostronne działanie dostawców usług stosujących cookies[57]. Dostawca usług reklamowych powinien wykazać odpowiednie uzasadnienie dla przyjętego okresu przechowywania cookies w urządzeniach końcowych użytkownika.

Zgoda użytkownika dotyczy przechowywania i dostępu do informacji, ale te dwie czynności nie muszą występować jednocześnie, w ramach tej samej sesji, a nawet nie muszą w ogóle występować łącznie. Informacja może być przechowywana przez jeden podmiot, a wykorzystywana przez inny. Informacja znajdująca się w urządzeniu, jak w przypadku technik identyfikowania urządzeń, może być jedynie wykorzystywana przez dostawcę usług reklamowych, co również objęte jest obowiązkiem przekazania informacji i uzyskania zgody. Sam fakt, iż podmiot korzystający z informacji nie przesłał jej do urządzenia nie zwalnia go z tych obowiązków.

VII. Zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody

W świetle przepisów art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE oraz art. 173 ust. 2 Pt można wskazać trzy okoliczności, których wystąpienie zwalnia dysponenta cookies z obowiązku informacyjnego i wymogu uzyskania zgody użytkownika urządzenia końcowego. Pierwsza z tych okoliczności polega na stosowaniu cookies jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu poprzez sieć łączności elektronicznej (telekomunikacyjną). Ta okoliczność dotyczyć może każdego podmiotu, który zapewnia taką transmisję, w tym również podmiotu, który nie świadczy usług telekomunikacyjnych. Ze sformułowania tego warunku wynika, że skorzystanie z wyłączenia jest możliwe tylko wtedy, kiedy wykonanie transmisji nie jest możliwe bez korzystania z cookies. Nie wystarcza ułatwienie, przyspieszenie lub wsparcie transmisji[58]. Wniosek ten potwierdza porównanie wcześniejszej i obecnej wersji art. 5 ust. 3 dyrektywy, z którego wynika, iż z wcześniejszej wersji usunięto fragment dotyczący „ułatwiania" (*facilitation*) transmisji komunikatów. Konieczność korzystania z cookies przy transmisji komunikatu w sieci może w szczególności wystąpić wówczas, gdy korzystanie z tej technologii jest niezbędne do oznaczenia zakończeń sieci, pomiędzy którymi następuje przesłanie komunikatu, wyznaczenia drogi transmisyjnej, zapewnienia odpowiedniej kolejności przesyłania pakietów i eliminowania błędów transmisyjnych lub utraty danych[59].

Tylko w prawie krajowym sformułowano drugą przesłankę zwalniającą z wykonania obowiązków, jaką jest konieczność korzystania z cookies w celu dostarczenia usługi telekomunikacyjnej. Wydaje się, że to zwolnienie jest mutacją warunku dotyczącego transmisji komunikatów, co jest istotą usługi telekomunikacyjnej. O ile transmisja komunikatów może być podejmowana przez podmioty o różnym statusie, o tyle dostarczanie usług telekomunikacyjnych należy do przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Trzecie wyłączenie dotyczy wykonania usługi społeczeństwa informacyjnego (usługi świadczonej drogą elektroniczną). Pomiędzy sformułowaniami unijnymi i krajowymi dotyczącymi tego

[57] Opinion 2/2010 on online…, s. 20.

[58] Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, WP 194, 7 June 2012, s. 3.

[59] Ibidem, s. 3.

zwolnienia występują pewne różnice. Usługa powinna być wyraźnie zamówiona (żądana) przez abonenta lub faktycznego użytkownika, w sytuacji gdy wykorzystanie cookies jest ściśle niezbędne (konieczne) do jej wykonania. Spełnione muszą być łącznie obydwa warunki. Musi w tym zakresie występować bezpośrednia zależność pomiędzy wykonalnością usługi a wykorzystaniem cookies oraz wyraźne zamówienie usługi. Kwestię tę należy rozpatrywać odrębnie dla każdej funkcjonalności takiej usługi, z którą powiązane jest wykorzystanie cookies. Tylko funkcjonalności wyraźnie żądane przez użytkownika (np. możliwość dodawania komentarzy na stronie) uzasadniają wykorzystanie niezbędnych cookies bez spełnienia wymogu uzyskania zgody[60].

Wymóg konieczności stosowania cookies w celu wykonania usługi, sformułowany jest w dyrektywie w ostrzejszy sposób, gdyż wymaga ona aby było to „ściśle niezbędne". Oznacza to, że cookies zwolnione z wymogu uzyskania zgody mogą być stosowane tylko w bezpośrednim związku z wykonywaniem usługi. Powinny zatem zostać usunięte, gdy tylko użytkownik przestaje z niej korzystać. Zakończenie okresu korzystania z usług jest łatwe do stwierdzenia w przypadku cookies jednosesyjnych, natomiast może być trudniejsze w przypadku cookies trwałych, gdyż nie wiadomo kiedy użytkownik zechce ponownie skorzystać z usługi. Ścisła niezbędność nie wystąpi, gdy cookies są jedynie przydatne do wykonania usługi, albo służą realizacji innego celu dostawcy usługi. Generalnie, ze zwolnienia łatwiej jest korzystać w przypadku wielu cookies sesyjnych, natomiast w przypadku cookies trwałych skorzystanie z wyłączenia będzie wymagało z reguły dokonania analizy funkcji realizowanych w konkretnym przypadku. „Konieczne" lub „ściśle niezbędne" są takie cookies, bez których korzystanie z usługi jest w ogóle niemożliwe, albo niemożliwe w wersji usługi zamówionej przez użytkownika lub z wykorzystaniem urządzenia, z którego korzysta. Ocena konieczności lub niezbędności następuje z perspektywy użytkownika usługi, a nie ze względu na realizację celów dostawcy usługi[61]. Przy ocenie możliwości korzystania z wyłączenia obowiązku uzyskania zgody należy badać cel oraz specyfikę umieszczania i przetwarzania cookies. Sama treść informacji zawartej w cookies może nie mieć znaczenia dla stosowania wyłączeń, gdyż cookies o tej samej zawartości informacyjnej mogą być wykorzystywane do różnych celów przez dysponenta. Cookies wykorzystywane do różnych celów powinny być rozpatrywane z uwzględnieniem tych różnic. O ile przechowywanie podstawowych ustawień usługi może korzystać z wyłączenia dotyczącego uzyskiwania zgody, o tyle wykorzystanie tej samej informacji do śledzenia aktywności użytkownika w sieci nie jest nim objęte.

Kierując się przeznaczeniem i sposobem wykorzystania cookies Grupa Robocza wyodrębniła kilka kategorii cookies ze względu na możliwość skorzystania z wyłączeń[62]. Pierwsza kategoria to cookies służące wiązaniu informacji przekazywanych przez użytkownika (*„user-input" cookies*), z reguły o charakterze sesyjnym. Drugą grupę tworzą cookies identyfikujące w związku z zalogowaniem i dostępem do usługi przeznaczonej dla danego użytkownika, co pozwala na pominięcie każdorazowej identyfikacji za pomocą loginu i hasła. Istotne w tym przypadku jest jednak rozróżnienie dotyczące trwałości takiej identyfikacji. Jeżeli ma ona funkcjonować nie tylko w ramach jednej wizyty na stronie, ale przy każdej kolejnej wizycie, to wymagane jest uzyskanie zgody użytkownika, na przykład poprzez zaznaczenie opcji „zapamiętaj mnie". Trzecią kategorię

[60] Ibidem, s. 4.

[61] Ibidem, s. 12.

[62] Ibidem, s. 6.

tworzą cookies zabezpieczające użytkownika, na przykład służące do blokowania powtarzających się nieprawidłowych logowań, które mogą korzystać ze zwolnienia, jeżeli funkcja zabezpieczająca została zamówiona przez użytkownika. Czwarty, powszechnie wykorzystywany rodzaj to cookies multimedialne (*Flash cookies*) zapewniające odpowiedni sposób wyświetlenia treści, które mogą korzystać ze zwolnienia, o ile nie są wykorzystywane do innych celów. Piątą kategorię tworzą cookies zapewniające zrównoważenie obciążenia w ramach sesji internetowej obejmującej różne usługi wykorzystywane przez użytkownika (*load balancig cookies*). Są to cookies sesyjne, wyłączone z omawianych obowiązków, gdyż są niezbędne do prawidłowej transmisji komunikatów pomiędzy serwerami usługowymi a użytkownikiem. Szóstą kategorię tworzą cookies dostosowujące usługę do potrzeb użytkownika (*customization cookies*) w zakresie języka, sposobu porządkowania wyników wyszukiwania itp. Tego rodzaju cookies sesyjne powinny korzystać ze zwolnienia, natomiast trwałe wybory potwierdzone cookies na dłuższe okresy powinny być poprzedzone zgodą użytkownika dotyczącą zapamiętania ustawień użytkownika. Ostatnią kategorią cookies podlegającą wyłączeniom są cookies wykorzystywane przez wtyczki w usługach społecznościowych służące do udostępniania treści generowanych lub aprobowanych przez użytkownika („Lubię to", „Udostępnij", „Podziel się"). Cookies tego rodzaju umożliwiają identyfikację użytkowników usług społecznościowych w czasie korzystania przez nich z innych usług internetowych, pod warunkiem odpowiedniej konfiguracji usługi społecznościowej, którą można interpretować jako wyraźne zmówienie takiej usługi. Zwolnienie dotyczy jednak tylko zalogowanych użytkowników usługi społecznościowej, a nie użytkowników wylogowanych z usługi oraz innych użytkowników. W tych pozostałych przypadkach konieczna jest zgoda użytkownika[63]. Zgoda taka jest również wymagana, jeżeli cookies współpracujące z wtyczkami społecznościowymi służą do celów innych niż udostępnianie treści, jak na przykład do śledzenia użytkownika korzystającego z różnych usług internetowych.

Wśród cookies niekwalifikujących się do zwolnienia dominują cookies pochodzące od stron trzecich. Cookies stron trzecich z reguły nie są konieczne do wykonania usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika. Realizują one bowiem cele odrębne – marketingowe, reklamowe oraz cele powiązane z nimi dotyczące częstotliwości prezentacji tych samych treści reklamowych użytkownikowi, wykrywania oszustw dotyczących liczby kliknięć, badania i analizy rynku, doskonalenia produktów i usuwania usterek oprogramowania, zapewnienia bezpieczeństwa korzystania z usług[64]. Ze względu na te cele cookies mają z reguły charakter trwały, co dodatkowo uniemożliwia zastosowanie wyłączenia od wymogu uzyskania zgody.

Również niektóre cele realizowane przez dostawcę usługi internetowej za pomocą cookies trudno byłoby uznać za konieczne do dostarczenia usługi świadczonej drogą elektroniczną, co uniemożliwia zastosowanie zwolnienia. Wykorzystanie narzędzi analitycznych opartych na cookies w celu prowadzenia statystyk przez dostawcę usługi internetowej nie jest objęte wyłączeniem dotyczącym wymogu uzyskania zgody, choć część tych celów, prowadząca do uzyskania zagregowanych danych statystycznych dotyczących korzystania z usługi niesie ze sobą niewielki potencjał zagrożeń dla prywatności użytkowników. Z tego względu coraz częściej postuluje się zwolnienie ich z obowiązku uzyskania zgody. Znacznie więcej takich rodzajów ryzyka jest związanych w cookies stron trzecich, które są wykorzystywane do analizy zachowań użytkowników usług na różnych stronach.

[63] Opinion 04/2012 on Cookie…, s. 9.

[64] Ibidem, s. 10.

W przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 173 ust. 3 Pt usługodawca nie musi informować użytkownika usługi o przechowywaniu i korzystaniu z cookies ani uzyskiwać jego zgody. Ze względów praktycznych usługodawca może jednak poinformować użytkownika, że stosowanie zabezpieczeń przeciwdziałających przechowywaniu informacji w urządzeniu końcowym uniemożliwi korzystanie z usług. W przypadku usług odpłatnych uzasadnione jest uregulowanie tej sprawy w umowie. Przepis art. 6 pkt 2 uśude nakazuje usługodawcy świadczącemu usługi drogą elektroniczną zapewnić usługobiorcy dostęp do aktualnej informacji o funkcji i celu danych niebędących składnikiem treści usługi, wprowadzanych przez usługodawcę do systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Wydaje się, że jeżeli wprowadzenie informacji w postaci cookies do systemu teleinformatycznego (urządzenia końcowego) jest konieczne do wykonania usługi, to choć uprzednie przekazywanie informacji i uzyskiwanie zgody nie jest wymagane, wymóg zapewnienia dostępu do aktualnej informacji o cookies będzie miał zastosowanie.

Z omówionych wyżej przesłanek wynika, że w zasadzie tylko dostawcy usług telekomunikacyjnych i usług internetowych zamówionych przez użytkownika mogą skorzystać z wyłączenia dotyczącego obowiązku informacyjnego i uzyskiwania zgody. Przepisy art. 173 ust. 1–3 Pt mają natomiast zastosowanie również do cookies stron trzecich, przesyłanych przez serwer zainstalowany pod innym adresem sieciowym niż adres strony, którą odwiedza użytkownik. Podmioty trzecie nie mogą skorzystać z wyłączeń obowiązku uzyskania zgody przewidzianych w art. 173 ust. 3 Pt, gdyż nie są one dostawcami usług telekomunikacyjnych ani dostawcami usług świadczonych drogą elektroniczną. Dlatego w każdym przypadku instalowania i wykorzystywania cookies przez tzw. stronę trzecią, nie będącą dostawcą tych usług, konieczne jest poinformowanie użytkownika urządzenia o cookies i uzyskanie jego zgody.

VIII. Cookies a dane osobowe

Cookies, co do zasady nie zawierają danych pozwalających na identyfikację użytkownika urządzenia końcowego, na którym zostały zapisane, ale nie można wykluczyć uznania ich za dane osobowe w zależności od ich zawartości i sposobu wykorzystania. Umożliwiają one natomiast identyfikację urządzenia końcowego. Uznanie informacji zawartych w cookies za dane osobowe nasuwałoby szczególne wątpliwości w przypadkach, gdy z urządzenia korzystają różne osoby. Treść informacji zawartych w cookies jest na tyle zróżnicowana, że ogólna ocena dotycząca możliwości identyfikacji osoby fizycznej za pomocą cookies nie jest możliwa[65]. W przypadku niektórych usług internetowych użytkownik podaje jednak dostawcy usługi swoje dane identyfikacyjne. Nie są one z reguły zapisywane w cookies, a jeżeli to następuje, wówczas są one kodowane w taki sposób, aby były dostępne tylko dla dostawcy usługi, a nie dla podmiotów trzecich. Mogą być one jednak zestawiane przez dostawcę usługi z informacjami uzyskiwanymi z cookies i wykorzystywane następnie do personalizowania komunikatów marketingowych kierowanych do użytkownika.

Grupa Robocza wskazuje, że w przypadku gdy informacje przetwarzane na podstawie cookies zostałyby uznane za dane osobowe, użytkownikowi należy zapewnić możliwość realizacji uprawnienia polegającego na prawie do dostępu do tych danych, ich poprawiania i usuwania. Jeżeli dostawca usług reklamowych nie ma możliwości identyfikacji użytkownika na podstawie tzw.

[65] A. Karpiński, *Pliki "cookies" w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych*, cz. II, „Edukacja Prawnicza" 2014, nr 2, s. 29.

twardych danych osobowych, istnieje możliwość odróżnienia tego użytkownika od innych użytkowników na podstawie unikalnego numeru cookie zainstalowanego w jego urządzeniu. Otwiera to możliwość występowania w sprawie skorygowania danych dotyczących kategorii zainteresowań reprezentowanych przez użytkownika[66].

Unijne i krajowe przepisy o ochronie danych osobowych zawierające ograniczenia w zakresie gromadzenia tzw. danych wrażliwych odnoszących się m.in. do pochodzenia rasowego lub etnicznego, poglądów politycznych, przekonań religijnych lub filozoficznych, przynależności wyznaniowej, partyjnej lub związkowej, jak również danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym .Dlatego przy stosowaniu cookies zaleca się niestosowanie kategorii zainteresowań odnoszących się do tych aspektów zachowań użytkowników, co powinno spowodować, iż nie będą one miały wpływu na profil użytkownika. Gdyby jednak dostawca usług reklamowych uwzględnił takie kategorie zainteresowań przy korzystaniu z cookies, wówczas konieczna byłaby odrębna, wyraźna i uprzednia zgoda świetle art. 8 ust. 2 lit a dyrektywy 95/46/WE, a w świetle art. 27 ust. 2 pkt 1 uodo dodatkowo wyrażona na piśmie. Zgoda taka na pewno nie może być uzyskana w trybie *opt-out* ani poprzez ustawienia przeglądarki[67].

Jeżeli cookies są wykorzystywane do profilowania użytkowników w powiązaniu z danymi pozwalającymi na identyfikację użytkownika, to powstaje obowiązek zgłoszenia zbioru GIODO.

IX. Egzekwowanie obowiązków dotyczących cookies

Dyrektywa 2002/58/WE nakazuje w art. 15a ust. 1, aby państwa członkowskie ustanowiły przepisy dotyczące kar, w stosownych przypadkach także sankcji karnych, mających zastosowanie w przypadku naruszeń krajowych przepisów przyjętych zgodnie z dyrektywą i aby podejmowały wszelkie niezbędne środki w celu ich wdrożenia. Przewidziane sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające oraz mogą być stosowane w odniesieniu do okresu, w którym występowało jakiekolwiek naruszenie, nawet w przypadku gdy naruszenie to następnie naprawiono.

Ustawa – Prawo telekomunikacyjne zawiera szereg rozwiązań służących egzekwowaniu przepisów dotyczących cookies. Prezes UKE może w tych sprawach wykorzystywać przysługujące mu uprawnienia kontrolne, które nie są ograniczone do podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną (art. 199 Pt). Bardziej zróżnicowana sytuacja występuje w zakresie środków umożliwiających usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Zalecenia pokontrolne Prezes UKE może bowiem kierować na podstawie art. 201 ust. 1 Pt tylko do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, podmiotu dysponującego częstotliwościami lub numeracją albo jednostki samorządu terytorialnego prowadzącej działalność telekomunikacyjną. Nie wydaje się, aby możliwe było zastosowanie w sprawach cookies przepisów art. 202 Pt o eliminowaniu najpoważniejszych zagrożeń dla użytkowników końcowych, choć w tych przepisach ograniczenie kręgu podmiotów mogących być adresatami takich działań nie występuje.

Najpoważniejsze znaczenie dla zapobiegania naruszeniom i ich eliminowania powinny mieć przepisy o nakładaniu kar pieniężnych przez Prezesa UKE. Kary te mogą być nakładane na każdego, kto dopuszcza się naruszeń wymienionych w art. 209 ust. 1 Pt, a więc również na dostawców usług internetowych i reklamowych. Podstawy prawne nakładania kar pieniężnych są

[66] Opinion 2/2010 on online…, s. 21.

[67] Ibidem, s. 20.

zróżnicowane w zależności od rodzaju naruszenia. Naruszenie obowiązku przekazania informacji abonentom lub użytkownikom końcowym jest powodem do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt. Z kolei naruszenie obowiązku uzyskania zgody podlega karze pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt. Wreszcie samo przechowywanie informacji w urządzeniu końcowym abonentów lub użytkowników końcowych w sposób niezgodny z przepisami art. 173 Pt jest podstawą do nałożenia kary na gruncie art. 209 ust. 1 pkt 27 Pt. Nie brakuje zatem przepisów pozwalających nałożyć karę za każdy przejaw naruszenia obowiązków w zakresie posługiwania się cookies. Kary zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt są nakładane w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Dotyczy to przychodu z całej działalności ukaranego podmiotu, a nie tylko z działalności związanej z wykorzystaniem cookies. Kary pieniężne mogą być nakładane również na osoby kierujące działalnością dostawców usług, ale tylko w odniesieniu do osób pełniących funkcje kierownicze w przedsiębiorstwa telekomunikacyjnych. Nie dotyczy to kierownictw podmiotów świadczących usługi internetowe lub prowadzących działalność reklamową w sieciach.

Bibliografia

Acar Gunes, Eubank Christian, Englehardt Steven, Marc Juarez, Narayanan Arvind, Diaz Claudia. 2014. "*The Web Never Forgets: Persistent Tracking Mechanisms in the Wild.*": 674–689. Dostęp 30.09.2015. https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent/the_web_never_forgets.pdf.

Brzozowska Monika. 2012. Ochrona danych osobowych w sieci. Wrocław. Wydawnictwo PRESSCOM.

Chmielewski Sławomir. 2011. Tajemnica telekomunikacyjna i ochrona danych użytkowników końcowych. W Prawo telekomunikacyjne. Warszawa. Wolters Kluwer business.

Davidson Brian. 2014., *EU cookies issues alive and well*. Dostęp 10.09.2015. http://privacylawblog.fieldfisher.com/2014/eu-cookie-issues-alive-and-well;

Karp Gerard. 2013. "*Privacy protection in the telecommunications sector – new rules of storing information in telecommunications terminal equipment"*. W Telecommunications Regulation in Poland. Centre for Antitrust and Regulatory Studies. University of Warsaw. Faculty of Management Press: 213–226.

Karpiński Adam. 2014. „*Pliki "cookies" w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych"* cz. II. Edukacja Prawnicza 2014 (2): 26–31.

Karpiński, Adam. 2014.„*Pliki cookies w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych"*, cz. I. Edukacja Prawnicza 2014(1): 21–25.

Karwala Damian. 2013. „*Nowe zasady przechowywania informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych (uwagi na temat znowelizowanego art. 173 PrTelekom)"*. Monitor Prawniczy" 2013 (8): 15–22.

Kawałek Krzysztof, Rogalski Maciej. 2010. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Warszawa. Wolters Kluwer Polska.

Marek Beata. 2013. „*Rozmowa z dr Wojciechem Wiewiórowskim Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych".* Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review. 2013(1): 50–58.

Nihoul Paul, Rodford Peter. 2011. EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, Oxford. Oxford University Press.

Piątek Stanisław. 2013. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Soltani Askhan, Shannon Canty, Mayo Quentin, Thomas Lauren, Hoofnagle Chris Jay. 2009. *"Flash Cookies and Privacy"*. Dostęp 05.09.2015. http://ssrn.com/abstract=1446862 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862.

Łukasz Pirożek*

Prawne aspekty świadczenia usług w modelu SaaS przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Program komputerowy jako podstawowy element usługi w modelu SaaS
III. Interfejs użytkownika
IV. Prawo do zwielokrotnienia programu komputerowego
V. Licencja na oprogramowania w modelu SaaS
VI. Usługa telekomunikacyjna a usługi w modelu SaaS
VII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł dotyczy kwalifikacji prawnej świadczenia usług w modelu SaaS na gruncie prawa polskiego. Rozważana jest kwestia licencjonowania oprogramowania na podstawie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz kwalifikacja usługi w modelu SaaS jako usługi telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; cloud computing; SaaS; program komputerowy; oprogramowanie; użytkownik; usługa telekomunikacyjna.

I. Wprowadzenie

Świadczenie usług w modelu SaaS jest nowym modelem dostarczania usług IT (*information technology,* IT). Usługi IT stanowią obecnie jeden z najbardziej dynamicznie rozwijających się obszarów gospodarki[1]. Ze względu na dynamiczny rozwój usług w modelu SaaS w dostarczanie tych usług zaangażowanych jest coraz więcej podmiotów, w tym przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Model SaaS (*Software as a Service*), określany sformułowaniem oprogramowanie jako usługa, wchodzi w skład szerszej grupy usług określanych terminem *cloud computing* tłumaczonych jako usługi przetwarzane w chmurze obliczeniowej. Usługi *cloud computing* stanowią kolejny etap ewolucji technologicznej w dziedzinie IT i składają się z kombinacji wielu technologii, w szczególności z architektury zorientowanej na usługi informatyczne (*SOA – Service-Oriented Architecture*), przetwarzania sieciowego (*grid computing*)[2] oraz sieci szerokopasmowych. Świadczenie usług

* Radca prawny prowadzący kancelarię doradzającą przedsiębiorcom telekomunikacyjnym; e-mail: lpirozek@gmail.com.

[1] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2013, z. 119, s. 109.

[2] M. Siwicki, *Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach*, „Prokuratura i Prawo" 2015, nr 5, s. 110.

cloud computing jest możliwe dzięki ewolucji dostawców ISP *(Internet Service Providers)* w stronę dostawców ASP (*Aplication Service Providers*), którzy dostarczają oprogramowanie bezpośrednio do użytkowników oraz dzięki rozwojowi infrastruktury, w szczególności: rozwojowi sieci szerokopasmowych oraz centrów przetwarzania danych[3]. Z technologicznego punktu widzenia, doniosłe znaczenie mają takie cechy usługi *cloud computing*, jak wirtualizacja, skalowalność, wielodzierżawa, dostęp na żądanie oraz model opłat na zasadzie *pay-as-you-go*[4]. Wirtualizacja to technologia umożliwiająca uruchomienie oprogramowania nie na konkretnym, ale na wirtualnym serwerze. Skalowalność to zdolność do obsługi zwiększonej ilości ruchu zainicjowanego przez użytkowników korzystających z usługi. Natomiast wielodzierżawa pozwala na wykorzystanie jednej instancji oprogramowania jednocześnie poprzez uruchomienie jej przez wielu użytkowników w tym samym czasie. Dostęp na żądanie oraz zasada *pay-as-you-go* wiąże się z elastyczną możliwością zamawiania przez użytkownika zasobów, jakich w danym czasie potrzebuje oraz zapłatą wyłącznie za rzeczywiście używane zasoby[5].

Definicja usług *cloud computing* nie jest możliwa do jednoznacznego określenia ze względu na wielość modeli dostarczania tej usługi. W ogólnej definicji *cloud computing* wskazuje się, iż jest to świadczenie usług przetwarzania danych za pośrednictwem Internetu[6]. Przyjmuje się, że *cloud computing* to model udostępniania użytkownikom przez usługodawcę zasobów informatycznych, tj.: oprogramowania, infrastruktury lub platform rozwoju aplikacji, które znajdują się na serwerach dostawcy. Użytkownik korzysta z udostępnianych zasobów zlokalizowanych w odległych centrach przetwarzania danych poprzez sieć Internet oraz za pomocą swojego urządzenia (np. komputer osobisty, ipad, iphone). Wystarczającym narzędziem do korzystania z usług *cloud computing* po stronie urządzenia użytkownika jest przeglądarka internetowa WWW lub dedykowany program interfejsu[7].

Usługi *cloud computing* dzieli się na trzy podstawowe warianty świadczenia, tj.: model SaaS, model PaaS (*Platform as a Service*) oraz model IaaS (*Infrastracture as a Service*). Oprócz powyższych modeli, wyróżniane są również dodatkowe, w szczególności: DaaS (*Data as a Service*), CaaS (*Communication as a Service*) czy *Software Kernel*[8]. Model SaaS, czyli oprogramowanie jako usługa, jak wskazuje nazwa, to świadczenie usług udostępniania oprogramowania (aplikacji, programu komputerowego) przez dostawcę na rzecz użytkownika za pomocą przeglądarki lub interfejsu oprogramowania poprzez sieć teleinformatyczną. W modelu PaaS, czyli platforma jako usługa, następuje udostępnianie przez dostawcę środowiska do tworzenia i rozwoju oprogramowania przez użytkownika. Natomiast, model IaaS, czyli infrastruktura jako usługa, polega na udostępnianiu przez dostawcę użytkownikowi samej infrastruktury informatycznej (*hardware*). Wśród dodatkowych modeli DaaS jest usługą związaną z przechowywaniem danych i udostępnianiem ich użytkownikom; CaaS to usługa zapewniająca optymalizację pracy oprogramowania poprzez kontrolę środowiska ich działania i procesu translacji kodu, a usługa *Software Kernel*, tj. jądro oprogramowania, umożliwia centralne zarządzanie środowiskiem chmury[9].

[3] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing*..., s. 110.

[4] Ibidem, s. 148.

[5] Ibidem, s. 110–112.

[6] M. Gawroński, *Trudność z prawnym uporządkowaniem chmury obliczeniowej*. Pozyskano z: http://www.twobirds.com (29.01.2014).

[7] S. Cieśla, Cloud Computing i jego aspekty prawne, Raport. Pozyskano z: http://www.radcaprawny-ciesla.pl, s. 1.

[8] M. Siwicki, *Ochrona praw autorskich*..., s. 114.

[9] Ibidem, s. 114.

Przyjmuje się również podział usług *cloud computing* ze względu na kryterium dostępności zasobów informatycznych dla użytkowników. Wyróżnia się na tej podstawie chmurę publiczną, chmurę prywatną oraz chmurę hybrydową. Chmura publiczna charakteryzuje się dostępnością zasobów informatycznych dla wszystkich użytkowników, chmura prywatna jest dedykowana wyłączenie dla jednego użytkownika, natomiast chmura hybrydowa jest kombinacją dwóch pierwszych[10].

Modele usług *cloud computing* mogą mieć charakter warstwowy, wykorzystujący wielu podwykonawców. Przykładowo, dostawca modelu SaaS może świadczyć usługi dostępu do oprogramowania dla użytkownika w oparciu o usługę IaaS oferowaną przez inny podmiot jako podwykonawcę. Możliwa jest również konstrukcja trójwarstwowa polegająca na tym, iż dostawca modelu SaaS świadczy usługi w oparciu o platformę aplikacyjną PaaS dostarczaną przez innego dostawcę oraz w oparciu o infrastrukturę dostarczaną w ramach IaaS przez jeszcze innego dostawcę[11]. Wskazuje to na znaczne skomplikowanie konstrukcji świadczenia usług *cloud computing*, w których może brać udział jednocześnie wielu podwykonawców dostawcy usługi.

Ze względu na uzasadnienie technologiczne oraz biznesowe, świadczenie usług w modelu *cloud computing*, w szczególności w modelu SaaS jest wykorzystywane do świadczenia usług na rzecz użytkowników przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy dysponują niezbędnymi zasobami technologicznymi np. sieciami szerokopasmowymi, serwerowniami czy też usługami dodatkowymi, takimi jak DDoS (*Distributed Denial of Service*), mają co do zasady przewagę w oferowaniu kompleksowej usługi SaaS wobec innych podmiotów na rynku IT. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni z zasady świadczą usługi telekomunikacyjne w postaci dostępu do sieci Internet. Należy podkreślić, iż stały dostęp do Internetu jest elementem niezbędnym, umożliwiającym korzystanie z usług w modelu SaaS.

W oparciu o przedstawione powyżej cechy usługi *cloud computing* można stwierdzić, iż model ten rodzi wiele kontrowersji na gruncie polskiego prawa. Ponieważ świadczenie usług odbywa się w Internecie (użytkownik może korzystać z usługi z dowolnego miejsca, a zasoby informatyczne dostawcy zlokalizowane są w różnych lokalizacjach), usługi *cloud computing* mają często charakter ponadnarodowy. Dlatego usługi w tym modelu mogą podlegać różnym systemom prawnym, np. w zakresie regulacji dotyczących przetwarzania danych osobowych.

Przedmiotem analizy jest kwalifikacja prawna świadczenia usług w modelu SaaS na gruncie prawa polskiego. Rozważenia wymaga kwestia licencjonowania oprogramowania na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych[12] (dalej: ustawa prawo autorskie) oraz sprawa kwalifikacji usługi w modelu SaaS jako usługi telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne[13].

II. Program komputerowy jako podstawowy element usługi w modelu SaaS

Zgodnie z konstrukcją usługi SaaS program komputerowy umieszczony jest w zasobach informatycznych dostawcy, do którego uzyskuje dostęp użytkownik poprzez sieć telekomunikacyjną. Pod względem prawnym udostępnienie programu komputerowego należy kwalifikować w oparciu

[10] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing*..., s. 115.

[11] X. Konarski, *Przetwarzanie danych osobowych w chmurze obliczeniowej*, „dodatek Monitor Prawniczy" 2013, nr 8, s. 2.

[12] T.j. Dz.U. z 2006 r., nr 631, poz. 90 ze zm.

[13] T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

o przepisy ustawy prawo autorskie. Skutki prawne udostępnienia programu komputerowego w modelu SaaS należy oceniać jako udostępnienie utworu w rozumieniu przedmiotowej ustawy. Na skutek kwalifikacji programu komputerowego jako utworu użytkownik powinien uzyskać tytuł do korzystania z tego utworu w postaci np. licencji.

Wymaga podkreślenia, iż ustawa prawo autorskie nie zawiera definicji programu komputerowego, choć niektóre systemy prawne zawierają tę definicję. Przykładowo, japońskie prawo definiuje program komputerowy jako kombinację instrukcji wywołującą funkcjonowanie komputera, aby osiągnąć określony rezultat[14]. Z uwagi na brak definicji w polskiej ustawie prawo autorskie w doktrynie przyjmuje się, iż programem komputerowym jest zestaw instrukcji, komend, poleceń, adresowanych do komputera i mających na celu osiągnięcie konkretnego rezultatu[15].

Ustawa prawo autorskie w art. 74 § 1 stanowi, iż: „programy komputerowe podlegają ochronie jak utwory literackie, o ile przepisy niniejszego działu nie stanowią inaczej". Treść tego przepisu wskazuje, iż do ochrony programu komputerowego należy stosować te same kryteria co do ochrony utworu literackiego. Dlatego też, do badania statusu programu komputerowego konieczne jest stosowanie art. 1 § 1 ustawy prawo autorskie, który stanowi, iż „przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażania (utwór)". Jeszcze przed uchwaleniem ustawy prawo autorskie Sąd Apelacyjny w Gdańsku, w wyroku z dnia 29 stycznia 1993 r., I AGCr 369/92, stwierdził, iż: „Oprogramowanie komputerowe może być traktowane jako utwór o charakterze naukowym lub literackim (art. 1 ust. 1 prawa autorskiego z 1952 r.), jeżeli posiada ono cechę oryginalności twórczej, spełnia przewidziany przez ustawę wymóg odpowiedniego ustalenia (*verba legis*: „ustalony w jakiejkolwiek postaci") i zawiera elementy indywidualizujące twórcę programu"[16]. Oznacza to, iż program komputerowy podlega ochronie niezależnie od formy (sposobu) jego wyrażania, np. w postaci kodu źródłowego, kodu wynikowego czy dokumentacji projektowej[17]. Natomiast idee i zasady będące podstawą jakiegokolwiek elementu programu komputerowego nie podlegają ochronie. Przepis ten powtarza zasadę ogólną wyrażoną w art. 2^1 ustawy prawo autorskie.

Odnosząc powyższe do świadczenia usług w modelu SaaS, należy podkreślić, iż tylko program komputerowy chroniony na gruncie ustawy prawo autorskie będzie miał znaczenie dla konstrukcji prawnej usług SaaS w zakresie kwestii licencjonowania.

III. Interfejs użytkownika

Kolejnym istotnym elementem w udostępnianiu oprogramowania w modelu SaaS jest interfejs użytkownika. Za pomocą interfejsu użytkownik uzyskuje możliwość korzystania z oprogramowania udostępnianego przez dostawcę. Interfejs użytkownika definiowany jest jako element programu komputerowego, który umożliwia interakcję pomiędzy człowiekiem a komputerem[18]. Znaczenie dla korzystania z usług w modelu SaaS ma przede wszystkim ocena czy interfejs użytkownika podlega ochronie prawno-autorskiej. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

[14] K. Gienas, Art. 74, [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014, Legalis, s. 2.

[15] Z. Okoń, *Komentarz do art. 74.* Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Lex Prestige; K. Gienas, Art. 74..., s. 2.

[16] Wyr. Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29.01.1993 r., I AGCr 369/92, Lex Prestige.

[17] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Komentarz do art. 74.* Prawo autorskie i prawa pokrewne, 2011.04.30, Lex Prestige.

[18] Ibidem, s. 6.

z dnia 22 lutego 2010 r. w sprawie C-393/09, *Bezpecnostni softwarova asociace* (*Security software association*) przeciwko *Ministerstwu kultury CR*: „graficzny interfejs użytkownika nie stanowi formy wyrażania programu komputerowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy Rady 91/250/EWG z 14.05.1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych na podstawie tej dyrektywy. Niemniej jeśli taki interfejs stanowi wyraz własnej twórczości intelektualnej swego autora, może korzystać z przewidzianej w prawie autorskim ochrony jako utwór, zgodnie z dyrektywą 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.05.2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych społeczeństwa informacyjnego”[19]. Z powyższego wyroku wynika, iż interfejs użytkownika co do zasady nie podlega ochronie prawno-autorskiej. Jednakże elementy treściowe, wizualne interfejsu (np. paski menu, ikony) mogą podlegać ochronie, tak jak utwory na zasadach ustawy prawo autorskie[20]. W doktrynie prezentowane jest również stanowisko, iż interfejs użytkownika będzie podlegał ochronie prawno-autorskiej, podobnie jak program komputerowy w przypadku, gdy korzystanie z interfejsu następuje w wyniku zwielokrotnienia fragmentu kodu źródłowego[21].

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż rodzaj interfejsu użytkownika umożliwiającego korzystanie z oprogramowania może rzutować na kwalifikację prawną modelu SaaS na gruncie ustawy prawo autorskie.

IV. Prawo do zwielokrotnienia programu komputerowego a model SaaS

Ponieważ program komputerowy znajduje się w zasobach dostawcy, a użytkownik uzyskuje dostęp do tych zasobów poprzez sieć telekomunikacyjną, to zasadnicze znaczenie ma kwestia prawnej kwalifikacji korzystania przez użytkownika z oprogramowania. Uprawnienia składające się na treść autorskiego prawa majątkowego do programu komputerowego uregulowane zostały w art. 74 ust. 4 ustawy prawo autorskie. W skład tych uprawnień wchodzą: 1) prawo do zwielokrotnienia (art. 74 ust. 4 pkt 1); 2) prawo do modyfikowania (art. 74 ust. 4 pkt 2); 3) prawo do rozpowszechniania (art. 74 ust. 4 pkt 3). Dlatego konieczne jest rozważenie czy użytkownik korzystający z oprogramowania w modelu SaaS ingeruje w zakres uprawnień prawno-autorskich, w szczególności w zakresie prawa do zwielokrotnienia. Ma to doniosłe znaczenie dla odpowiedzi na pytanie: czy konieczne jest zawarcie umowy licencji (sublicencji) na korzystanie z oprogramowania pomiędzy dostawcą a użytkownikiem, czy też wystarczy zawrzeć jedynie umowę o świadczenie usług, do której zastosowanie znajdują przepisy art. 750 k.c.

Art. 74 ust. 4 pkt 1 ustawy prawo autorskie stanowi, iż do autorskich praw majątkowych do programu komputerowego należy prawo do trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, przy czym w zakresie, w którym dla wprowadzenia, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie, czynności te wymagają zgody uprawnionego. Ustawa nie definiuje pojęcia zwielokrotnienie programu komputerowego, a zakres tego pojęcia jest sporny w doktrynie[22].

[19] Ibidem, s. 6.

[20] K. Gienas, Art. 74..., s. 6; Z. Okoń, Komentarz do art. 74. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 2014.12.01, Lex Prestige.

[21] K. Gienas, Art. 74..., s. 6.

[22] M. Byrska, *Program komputerowy w nowym prawie autorskim*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 11, s. 51.

W doktrynie, według ogólnej koncepcji przez zwielokrotnienie rozumie się „każde fizyczne odtworzenie dzieła, władne przekazać utwór ludzkiemu umysłowi w sposób pośrednio lub bezpośrednio postrzegalny”[23]. Powyższą definicję do programu komputerowego można odnieść jedynie do reprodukcji programu na nośniku trwałym, np. na dysku twardym komputera, w pamięci ROM, zapisie na serwerze, dyskietce, CD-ROM czy też nawet na papierze. Natomiast sporne jest odniesienie powyższej definicji wprost do takich czynności, jak wprowadzanie, wyświetlanie, stosowanie, przekazywanie i przechowywanie programu komputerowego, które łączy się z czasowym wprowadzeniem programu do roboczej pamięci komputera (operacyjnej, RAM) za pomocą sieci internetowej. Powyższe czynności mają istotne znaczenie dla udostępnienia programu komputerowego w modelu SaaS. Przedmiotowe czynności kwalifikowane są w różny sposób przez przedstawicieli doktryny. E. Traple prezentuje stanowisko, że możliwe są dwa podejścia do czasowego zwielokrotnienia i tzw. przeglądania na ekranie (*browsing*). Pierwsze, że jeżeli tego rodzaju zwielokrotnienia nie mają samodzielnego znaczenia gospodarczego, to nie ingerują w zakres uprawnień prawno-autorskich. Drugie podejście uznaje, iż przy powyższych czynnościach dochodzi do zwielokrotnienia, ale użytkownik korzysta z programu w zakresie dozwolonego użytku prywatnego lub na podstawie dorozumianej zgody uprawnionego, która wynika z wprowadzenia utworu do sieci[24]. Z. Okoń stwierdza, iż zwielokrotnienie w sensie art. 74 ust. 4 pkt 1 ustawy prawo autorskie dotyczy wyłącznie zwielokrotnienia pewnego zapisu alfanumerycznego (kodu programu, dokumentacji projektowej), czyli formy wyrażania programu. Natomiast wyświetlanie przedstawień audiowizualnych, a więc jedynie ekranu interfejsu użytkownika, nie jest zwielokrotnianiem programu[25]. Również M. Byrska prezentuje stanowisko, iż wyświetlanie programu na monitorze, uruchomienie programu czy jego przebieg nie kwalifikują się do uznania ich za zwielokrotnienie, gdyż jest to odpowiednik czytania książek lub odgrywania płyty[26]. Na odmiennym stanowisku stoi K. Gienas, który prawem do zwielokrotnienia obejmuje wszystkie akty reprodukcji niezależnie od środków, jakie są użyte, a także niezależnie od tego czy następuje trwałe lub jedynie czasowe stworzenie kopii oprogramowania[27].

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż interpretacja pola eksploatacji w postaci prawa do zwielokrotnienia programu komputerowego w zakresie czasowego wprowadzenia programu do pamięci komputera lub też wyświetlania programu poprzez przeglądarkę albo interfejs użytkownika, ma charakter sporny w doktrynie. Należy jednak mieć na uwadze, iż w doktrynie istnieją również elementy wspólne w zakresie powyższej interpretacji, w szczególności odnośnie do wyświetlania oprogramowania poprzez interfejs użytkownika.

V. Licencja na oprogramowanie w modelu SaaS

Rozważania dotyczące prawa do zwielokrotnienia programu komputerowego należy wprost odnieść do konstrukcji udostępnienia oprogramowania w modelu SaaS. Prawna kwalifikacja udostępnienia oprogramowania w tym modelu rodzi liczne kontrowersje.

[23] Ibidem, s. 51.

[24] E. Traple, *Prawo autorskie*, [w:] J. Barta, J. Błeszyński, M. Czajkowska-Dąbrowska, System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 161.

[25] Z. Okoń, Komentarz do art. 74. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 2014.12.01, Lex Prestige.

[26] M. Byrska, *Program komputerowy*..., s. 52.

[27] K. Gienas, Art. 74..., s. 6.

Przyjmuje się, iż samo wyświetlanie oprogramowania za pomocą interfejsu użytkownika nie ingeruje w zakres ochrony prawno-autorskiej, gdyż nie dochodzi do zwielokrotnienia oprogramowania. W konsekwencji nie jest wymagane zawieranie umowy licencji na korzystanie z oprogramowania[28]. Część przedstawicieli doktryny twierdzi, iż w modelu SaaS nie dochodzi do naruszenia prawa autorskiego, gdyż „oprogramowanie jest wykorzystywane centralnie na serwerze bez potrzeby tworzenia kopii przez użytkownika. Jedynie dostawca usług musi regulować status prawny udostępnienia oprogramowania"[29]. Inni twierdzą, iż nie jest konieczne udzielanie licencji w przypadku, gdy w umowie SaaS na przechowywanie danych wyłączony jest bezpośredni dostęp użytkownika do programu komputerowego przy założeniu, iż wprowadzanie danych odbywa się poprzez współdziałanie użytkownika z dostawcą[30]. Prezentowane jest również stanowisko, iż nie jest potrzebna licencja w przypadku, gdy elementy korzystania z oprogramowania przez użytkownika mają charakter uboczny wobec zobowiązania dostawcy do przetwarzania danych czy świadczenia innych usług. W tym kontekście przyjmuje się, iż o prawnej kwalifikacji umowy w modelu SaaS decydują prawa i obowiązki stron[31].

Wskazuje się także, iż tylko w pewnych okolicznościach wyłączona jest konieczność uzyskiwania licencji na korzystanie z oprogramowania w modelu SaaS, a mianowicie wtedy, gdy nie dochodzi do zainstalowania programu komputerowego w postaci wtyczki (np. *plug-in*) w komputerze użytkownika. W przypadku, gdy oprogramowanie jest instalowane w urządzeniu użytkownika, np. w postaci wtyczki, która umożliwia korzystanie z oprogramowania dostawcy, dochodzi do zwielokrotnienia oprogramowania i tym samym do ingerencji w monopol autorski[32].

Przeciwne stanowisko wskazuje, iż zawsze konieczne jest uzyskanie licencji na korzystanie z oprogramowania w modelu SaaS, gdyż to zakres korzystania z oprogramowania decyduje o ingerencji w uprawnienia prawno-autorskie, a nie fizyczna lokalizacja oprogramowania[33].

Ponadto, przedstawiana jest koncepcja, iż korzystanie z oprogramowania w modelu SaaS może być kwalifikowane jako konstrukcja legalnego użytkownika. Zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy prawo autorskie „jeżeli umowa nie stanowi inaczej, czynności wymienione w art. 74 ust. 4 pkt. 1 i 2 nie wymagają zgody uprawnionego, jeżeli są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym do poprawienia błędów przez osobę, która legalnie weszła w jego posiadanie". Powyższy przepis upoważnia m.in. do zwielokrotnienia oprogramowania bez konieczności zawierania umowy licencji. Kontrowersje w doktrynie odnoszące się cytowanego postanowienia dotyczą użytego w nim sformułowania „posiadanie oprogramowania", gdyż posiadać można rzeczy materialne, np. nośnik oprogramowania. Ponieważ udostępnienie oprogramowania w modelu SaaS odbywa się bez materialnego nośnika, to część przedstawicieli doktryny twierdzi, iż posiadanie oprogramowania nie musi wiązać się z materialnym nośnikiem, lecz dotyczy również legalnego dysponenta oprogramowania, czyli użytkownika mającego dostęp do oprogramowania[34].

[28] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing*..., s. 131.

[29] A. Wiebe, *Przyszłość prawa informacyjnego*, Prace z Prawa Własności Intelektualnej, 2008, z. 102, s. 8.

[30] M. Gajek, Decydują prawa i obowiązki stron. Pozyskano z: http://archiwum.rp.pl/artykul/1231757-Decyduja-prawa-i-obowiazki-stron.html (5.02.2014).

[31] Ibidem.

[32] R. Bieda, *Prawne aspekty SaaS*. Pozyskano z: http://www.maruta.pl/baza-wiedzy/377-prawne-aspekty-saas.

[33] S. Cieśla, *Cloud Computing*…, s. 5.

[34] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing*..., s. 132; R. Bieda, *Prawne aspekty SaaS*...

Uwzględniając jednak, iż przedmiotowy przepis jest wyjątkiem ograniczającym majątkowe prawa autorskie, jego zastosowanie do modelu SaaS jest uznawane za kontrowersyjne.[35]

Z przedstawionych stanowisk wynika, iż brak jest jednolitej kwalifikacji prawnej udostępnienia oprogramowania w modelu SaaS. Należy także podkreślić, iż rozstrzygnięcie powyższej kwestii utrudnia brak orzecznictwa sądowego.

VI. Usługa telekomunikacyjna jako usługa w modelu SaaS

Usługi w modelu SaaS są udostępniane przez dostawców na rzecz użytkowników za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Dostęp do sieci Internet jest niezbędnym elementem korzystania przez użytkownika z udostępnianego przez dostawcę oprogramowania. W związku z powyższym, wydaje się zasadne przeanalizowanie pod kątem kwalifikacji udostępnienia oprogramowania w modelu SaaS jako świadczenia usług telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 2 pkt 41 prawa telekomunikacyjnego, przez świadczenie usług telekomunikacyjnych rozumie się „wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług". Powyższa definicja świadczenia usług telekomunikacyjnych wiąże się z definicją usługi telekomunikacyjnej, która zgodnie z art. 2 pkt 48 prawa telekomunikacyjnego jest „usługą polegającą głównie na przekazywaniu sygnałów telekomunikacyjnych". Pojęcie sygnału telekomunikacyjnego jest rozumiane bardzo szeroko jako przekazywanie informacji za pomocą energii elektromagnetycznej, przy czym postać i zawartość sygnału nie ma znaczenia[36]. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, usługi telekomunikacyjne polegające na transmisji telekomunikacyjnej mogą zawierać w sobie również świadczenia innego rodzaju, gdyż obok przekazu telekomunikacyjnego występują jednocześnie inne świadczenia, z reguły niematerialne o charakterze informacyjnym, finansowym lub handlowym[37]. Dlatego też ustalenie czy konkretne świadczenie jest usługą telekomunikacyjną wymaga stwierdzenia, czy przekazywanie sygnału telekomunikacyjnego jest przeważające wobec pozostałych elementów usługi. Jeżeli bowiem w usłudze przeważają elementy innego rodzaju niż przekazywanie sygnału telekomunikacyjnego, na przykład informacyjne, audiowizualne lub przetwarzania danych, wówczas usługa taka nie jest usługą telekomunikacyjną i nie podlega przepisom ustawy – Prawo telekomunikacyjne.[38]

Odnosząc powyższe do świadczenia usług w modelu SaaS należy stwierdzić, iż element w postaci oprogramowania udostępnianego przez interfejs użytkownika ma charakter przeważający w porównaniu z czynnością przekazywania sygnału w sieci telekomunikacyjnej. W tym modelu jest bez znaczenia dla użytkownika w jaki sposób przesyłane są dane w sieci Internet, do których użytkownik uzyskuje dostęp. Użytkownik uzyskuje bowiem dostęp do oprogramowania za pomocą interfejsu WWW i dlatego nie ma znaczenia za pomocą jakiego urządzenia telekomunikacyjnego świadczona jest usługa.[39]

Powyższe wskazuje, iż usługa w modelu SaaS nie jest usługą telekomunikacyjną i nie podlega przepisom ustawy – Prawo telekomunikacyjne, gdyż głównym elementem tej usługi jest warstwa

[35] E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing*..., s. 132.

[36] S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 104.

[37] Ibidem, s. 105.

[38] Ibidem, s. 105.

[39] M. Siwicki, *Ochrona praw autorskich*..., s. 120.

aplikacyjna[40]. W obrocie handlowym często zdarza się, iż dostawca usługi w modelu SaaS nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i udostępnia wyłącznie oprogramowanie. W takiej sytuacji użytkownik korzysta z usługi telekomunikacyjnej w postaci dostępu do Internetu u innego podmiotu niż dostawca oprogramowania. Nawet w przypadku, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny będzie świadczył dostęp do oprogramowania oraz jednocześnie zapewniał dostęp do Internetu, to należy przyjąć, iż nie jest uzasadnione na gruncie prawnym kwalifikowanie usługi w modelu SaaS jako usługi telekomunikacyjnej.

VII. Podsumowanie

Udostępnienie oprogramowania w modelu SaaS jest nowym modelem świadczenia usług IT, którego istotnym elementem rzutującym na konstrukcję prawną jest zapewnienie dostępu do zasobów informatycznych, tj. oprogramowania oraz sprzętu za pośrednictwem Internetu. Program komputerowy udostępniany jest przez dostawcę na rzecz użytkownika poprzez Internet za pomocą interfejsu, który stanowi narzędzie umożliwiające interakcje człowieka z programem. Interfejsem użytkownika jest przeglądarka internetowa lub część udostępnianego oprogramowania. Należy podkreślić, iż co do zasady udostępnienie oprogramowania w modelu SaaS charakteryzuje się brakiem jakiejkolwiek faktycznej możliwości ingerencji użytkownika w program komputerowy. W szczególności użytkownik nie ma dostępu do kodów źródłowych udostępnianego oprogramowania.

Należy przyjąć, iż korzystanie przez użytkownika z programu komputerowego udostępnionego w modelu SaaS nie ingeruje w zakres uprawnień prawno-autorskich. W procesie świadczenia usług w modelu SaaS nie dochodzi do zwielokrotnienia programu komputerowego w rozumieniu art. 74 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo autorskie. Udostępniany program komputerowy nie jest reprodukowany w jakikolwiek sposób w pamięci stałej komputera ani też w pamięci czasowej komputera. W pamięci czasowej komputera, w trakcie korzystania z usługi w modelu SaaS zapisywane są jedynie dane interfejsu użytkownika, np. przeglądarki internetowej, a nie dane udostępnianego programu komputerowego. W pamięci czasowej komputera nie jest zapisywany jakikolwiek element kodu źródłowego programu komputerowego.

W modelu SaaS nie dochodzi również do zwielokrotnienia oprogramowania w przypadku zainstalowania pewnych elementów interfejsu użytkownika w pamięci stałej komputera, np. wtyczek. W takiej sytuacji również nie dochodzi do zwielokrotnienia „głównego" oprogramowania udostępnianego użytkownikowi przez dostawcę. Takie elementy oprogramowania, jak wtyczki stanowią bowiem jedynie narzędzie do korzystania z programu komputerowego znajdującego się w zasobach dostawcy.

Odmienna sytuacja, w której dojdzie do ingerencji w uprawnienia prawno-autorskie przez użytkownika wystąpi, gdy cały program komputerowy będzie reprodukowany w pamięci stałej komputera lub na innym nośniku użytkownika. Należy jednak zaznaczyć, iż w takiej sytuacji wątpliwe jest zakwalifikowanie usługi jako udostępnienia oprogramowania w modelu SaaS. Do zwielokrotnienia oprogramowania dojdzie również w przypadku reprodukcji części udostępnianego oprogramowania w pamięci stałej komputera, gdy ta część oprogramowania umożliwia użytkownikowi uzyskanie dostępu do kodów źródłowych.

[40] Ibidem, s. 120.

Wobec powyższego, zgodnie z ustawą – Prawo autorskie należy przyjąć, że do świadczenia usług w modelu SaaS na rzecz użytkownika nie jest wymagane zawarcie umowy licencyjnej, chyba że dochodzi do zwielokrotnienia całości lub części oprogramowania w pamięci stałej komputera z możliwością dostępu przez użytkownika do kodów źródłowych.

W sprawie kwalifikacji prawnej udostępniania oprogramowania w modelu SaaS jako usługi telekomunikacyjnej należy stwierdzić, iż ustawa – Prawo telekomunikacyjne nie będzie miała zastosowania do tej usługi. Element transmisji danych w ramach tej usługi nie ma charakteru przeważającego nad warstwą aplikacyjną oprogramowania.

W standardowych usługach w modelu SaaS, w których dostęp do oprogramowania zapewniany jest przez interfejs użytkownika nie dochodzi do zwielokrotnienia programu komputerowego. Dla ochrony uprawnień prawno-autorskich dostawcy usługi, który jest właścicielem majątkowych praw autorskich lub licencjobiorcą czy też sublicencjobiorcą programu komputerowego, w relacji z użytkownikiem wystarczające jest zawarcie umowy o świadczenie usług, do której zastosowanie znajdują przepisy art. 750 k.c. oraz w niezbędnym zakresie ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Przyjęcie powyższej prawnej kwalifikacji udostępnienia oprogramowania w modelu SaaS jest zgodne z ustawą – Prawo autorskie oraz ustawą – Prawo telekomunikacyjne, co pozwala na dalszy dynamiczny rozwój usług świadczonych w modelu SaaS w Polsce.

Bibliografia

Bieda Roman, 2012. *Prawne aspekty SaaS*. Dostęp 30.01.2014. http://www.maruta.pl/baza-wiedzy/377-prawne-aspekty-saas.

Byrska Małgorzata. 1994. „*Program komputerowy w nowym prawie autorskim”.* Państwo i Prawo. 1994 (11): 45–58.

Gajek Marek. 2014. „Decydują prawa i obowiązki stron”. Dostęp 05.02.2014. http://archiwum.rp.pl/artykul/1231757-Decyduja-prawa-i-obowiazki-stron.html

Gawroński Maciej. 2014. *Trudność z prawnym uporządkowaniem chmury obliczeniowej*. Dostęp 29.01.2014. http://www.twobirds.com

Gienas Krzysztof. 2014. Komentarz do art. 74. W Ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck: 476–479.

Konarski Xawery. 2013. „*Przetwarzanie danych osobowych w chmurze obliczeniowej”*. Monitor Prawniczy 2013 (8): 40–44.

Molenda-Kropielnicka Ewa. 2013. „*Cloud Computing – zagadnienia prawne”.* Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2013 (119): 109–49.

Okoń Zbigniew, Komentarz do art. 74. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Lex Prestige.

Piątek Stanisław. 2013. Prawo telekomunikacyjne, Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Siwicki Maciej. 2015. „*Ochrona praw autorskich, bezpieczeństwa systemów informatycznych, danych osobowych i tajemnicy telekomunikacyjnej w chmurach”.* Prokuratura i Prawo 2015 (5): 109–127.

Traple Elżbieta. 2014. Prawo autorskie. W System Prawa Prywatnego. Prawo autorskie. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck: 144–162.

Wiebe Andreas. 2008. Przyszłość prawa informacyjnego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2008 (102): 5–17.

Mariusz Czyżak*

Wybrane aspekty odpowiedzialności karnoadministracyjnej w prawie pocztowym

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Odpowiedzialność karnoadministracyjna osób fizycznych
III. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków sprawozdawczo-informacyjnych
IV. Wymiar kary pieniężnej
V. Przedawnienie karalności
VI. Uwagi końcowe

Streszczenie

Na gruncie prawa pocztowego z 2012 r. ustawodawca kompleksowo uregulował materię odpowiedzialności karnoadministracyjnej. Karze pieniężnej poddano m.in. osoby fizyczne z tytułu udaremniania i utrudniania prowadzenia czynności kontrolnych na podstawie tej ustawy oraz zaniechanie lub nienależytą realizację szeregu obowiązków informacyjno-sprawozdawczych względem Prezesa UKE. Dokonano również modyfikacji dyrektyw wymiaru kar pieniężnych poprzez rezygnację z konieczności uwzględnienia stopnia zawinienia przy określaniu wysokości kary oraz wprowadzono instytucję przedawnienia jej nałożenia i wykonania.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23, K42; poczta; odpowiedzialność karnoadministracyjna; administracyjna kara pieniężna.

I. Wprowadzenie

W roku 2013 ustawodawca dokonał gruntownych zmian legislacyjnych w obszarze przepisów regulujących funkcjonowanie rynku usług pocztowych w Polsce. Ustawa z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe[1] (dalej: Pp), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2013 r. uchyliła dotychczasową ustawę z 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe[2] (dalej: dPp). Jej celem stało się wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2008/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 lutego 2008 r. zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Unii[3]. Z uwagi na niezwykle szeroki zakres regulacji podlegających implementacji ustawodawca zdecydował się na zastąpienie dotychczasowej ustawy nowym aktem normatywnym. Obok zmian polegających m.in. na zapewnieniu równego dostępu

* Doktor nauk prawnych: Urząd Komunikacji Elektronicznej: e-mail: m.czyzak@uke.gov.pl.

1 Dz.U. z 2012 r., poz. 1529.

2 Dz.U. z 2002 r., nr 189, poz. 1159, ze zm.

3 Dz. Urz. UE 2008 L 52/3, ze zm.

do rynku wszystkim podmiotom świadczącym usługi pocztowe, sformułowaniu nowej definicji usługi pocztowej czy też rezygnacji z obszaru zastrzeżonego dotychczas dla Poczty Polskiej S.A. dokonano wówczas również modyfikacji zasad odpowiedzialności karnoadministracyjnej z tytułu naruszenia przepisów ustawy – Prawo pocztowe.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) został wyposażony, podobnie jak w poprzedniej regulacji ustawowej, w szereg uprawnień o charakterze karnoadministracyjnym, zyskując nowe obok posiadanych już m.in. na podstawie ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne[4] (dalej: Pt). Przedmiotem dalszych rozważań jest kilka wybranych aspektów odpowiedzialności karnoadministracyjnej znanej obowiązującej ustawie – Prawo pocztowe, a mianowicie odpowiedzialność karnoadministracyjna osób fizycznych, niektóre typy deliktów karnoadministracyjnych, jak również dyrektywy wymiaru kary pieniężnej oraz instytucja przedawnienia jej karalności i wykonania.

II. Odpowiedzialność karnoadministracyjna osoby fizycznej

Poddając analizie niektóre kategorie podmiotów, na które Prezes UKE nałożyć może karę pieniężną na gruncie ustawy – Prawo pocztowe z 2012 r., rozpocząć wypada od kilku uwag poświęconych zastosowanej przez ustawodawcę w tym przypadku terminologii. Posługuje się on bowiem w dyspozycji przepisu art. 126 ust. 1 i 2 Pp, skądinąd słusznie, sformułowaniem „karze pieniężnej podlega podmiot". Oznacza to zatem, iż sankcji tej poddany jest niezwykle szeroki krąg „sprawców", w tym zarówno osoby fizyczne, jak i podmioty o charakterze korporacyjnym, w szczególności osoby prawne, jak również inne jednostki organizacyjne tej osobowości nieposiadające, ale świadczące usługi pocztowe. Niemniej jednak, pomimo tego zróżnicowania , tego rodzaju podmioty posiadać będą zwykle status operatora pocztowego, tj. przedsiębiorcy uprawnionego do wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych (art. 3 pkt 12 Pp). Dodać należy także, że w jednym przypadku kategoria podmiotu sprawczego deliktu administracyjnego została określona wprost. Mowa tutaj o operatorze wyznaczonym, tj. operatorze pocztowym zobowiązanym do świadczenia usług powszechnych, który narusza obowiązek świadczenia tychże usług (art. 126 ust. 3 Pp). Kara pieniężna może zostać wreszcie nałożona przez Prezesa UKE na podmioty (w tym osoby fizyczne), którym w żaden sposób charakteru operatora pocztowego przypisać nie można, albowiem naruszają one ustawę – Prawo pocztowe, świadcząc np. usługi pocztowe bez wymaganego wpisu do rejestru (art. 126 ust. 1 pkt 1 Pp), nie posiadając przy tym nawet statusu przedsiębiorcy wykonującego we własnym imieniu działalność gospodarczą, w świetle art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[5] (dalej: usdzg).

Warto zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż na gruncie ustawy – Prawo pocztowe przewidziano autonomiczną odpowiedzialność niektórych osób fizycznych. Niezależnie bowiem od sankcji, o której mowa w przepisie art. 126 ust. 1 Pp, karze pieniężnej podlegają następujące osoby – „osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą, członek zarządu spółki prawa handlowego, dyrektor przedsiębiorstwa, wspólnik spółki jawnej, komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej w sytuacji, gdy podległa jednostka kontrolowana uniemożliwia lub utrudnia

[4] T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

[5] T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 584, ze zm.

przeprowadzenie kontroli, mimo powiadomienia przez kontrolującego tej osoby o kontroli" (art. 126 ust. 6 Pp). W świetle definicji operatora pocztowego, czyli przedsiębiorcy uprawnionego do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych (art. 3 pkt 12 Pp), który to status posiadać może „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą", jak również „wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej" (art. 4 usdzg), katalog osób fizycznych wskazanych w przepisie art. 126 ust. 6 Pp wydaje się wyczerpywać krąg osób odpowiedzialnych za funkcjonowanie jednostek kontrolowanych przez Prezesa UKE.

Nie jest to zatem odpowiedzialność osoby fizycznej uwarunkowana czy też powiązana z nałożeniem kary pieniężnej z tytułu naruszenia określonego w przepisie art. 126 ust. 1 Pp, ale odrębny typ deliktu administracyjnego polegający na uniemożliwianiu lub utrudnianiu przeprowadzenia kontroli, pomimo powiadomienia przez kontrolującego (Prezesa UKE) tej osoby (tj. osoby z kręgu wskazanego powyżej) o kontroli. Samo sformułowanie „niezależnie" znajdujące się w dyspozycji przepisu art. 126 ust. 6 Pp wydaje się jednakże zbędne. W katalogu deliktów administracyjnych wskazanych w art. 126 Pp, nie znalazł się bowiem taki, który polegałby właśnie na uniemożliwianiu lub utrudnianiu przeprowadzenia kontroli. Mowa jest jedynie o odpowiedzialności z tytułu niestosowania się do zaleceń pokontrolnych (art. 126 ust. 2 pkt 4 Pp). Co do pojęć „uniemożliwianie" i „utrudnianie", to w kontekście potocznym oznaczają one odpowiednio – niedopuszczanie do czegoś, przeszkadzanie w czymś[6], a zatem – zupełne udaremnianie podjęcia czynności kontrolnych oraz – stwarzanie przeszkód[7] dla sprawnego i niezakłóconego prowadzenia postępowania kontrolnego, jakkolwiek nie uniemożliwiającego zupełnie dokonania czynności kontrolnych[8]. Zachowania tego rodzaju wymierzone mogą być więc przede wszystkim przeciwko czynnościom podejmowanym w toku kontroli przez pracowników UKE. Tym ostatnim przysługuje bowiem, po okazaniu legitymacji służbowej oraz doręczeniu, wydanego przez Prezesa UKE, pisemnego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, prawo do związanego z zakresem kontroli – dostępu do materiałów, dokumentów i danych podlegających kontroli, a także sporządzania ich kopii; wstępu do obiektów i nieruchomości oraz pomieszczeń kontrolowanej jednostki; jak również przeprowadzenia oględzin, ważenia przesyłek pocztowych oraz sprawdzenia wysokości opłaty pobranej przez operatora pocztowego. Czynności te mogą być wykonywane również przez osoby posiadające wiedzę specjalistyczną, niebędące pracownikami UKE, na podstawie upoważnień Prezesa UKE, po przedstawieniu stosownego dokumentu potwierdzającego ich tożsamość. Kontrolowany przedsiębiorca zobligowany jest z kolei zapewnić warunki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia kontroli oraz udostępnić pracownikom UKE oraz wspomnianym powyżej osobom materiały, dokumenty i dane podlegające kontroli, a także udzielać potrzebnych informacji (art. 123 Pp). Jeżeli tego robić nie będzie, naraża się na poniesienie odpowiedzialności karnoadministracyjnej z tytułu uniemożliwiana lub utrudniania kontroli. Warunkiem jest jednak uczynienie przez kontrolującego zadość wymogom rozdziału 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, poprzez zawiadomienie przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli (art. 79 usdzg). Sama kontrola wszczęta

[6] *Słownik Języka Polskiego PWN*, PWN, Warszawa 2006, s. 1079.

[7] Ibidem, s. 1107.

[8] Zob. M. Czyżak, *Przestępstwo udaremniania lub utrudniania kontroli państwowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2013, nr 3, ss. 41–42.

może zostać nie wcześniej niż po upływie 7 dni i nie później niż przed upływem 30 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli. Może zostać natomiast wszczęta przed upływem 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia na wniosek przedsiębiorcy. Jeżeli kontrola nie zostanie wszczęta w terminie 30 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, wszczęcie kontroli wymaga już ponownego zawiadomienia przedsiębiorcy. Czynności kontrolne prowadzone są w obecności kontrolowanego przedsiębiorcy bądź osoby przez niego upoważnionej. Powinny być one dokonywane w sposób, który nie powoduje zakłóceń w funkcjonowaniu kontrolowanego przedsiębiorcy, jeśli zaś zakres lub termin przeprowadzanej kontroli ma niekorzystny wpływ na jakość usług świadczonych przez kontrolowanego przedsiębiorcę, konieczność podjęcia takich działań powinna być uzasadniona w protokole. Nawet gdy czynności kontrolne oddziałują negatywnie na funkcjonowanie podmiotu kontrolowanego, to w razie uprzedzenia o przyszłej kontroli, jakiekolwiek działanie lub zaniechanie prowadzące do uniemożliwienia lub utrudnienia ich podjęcia, skutkuje odpowiedzialnością osoby fizycznej, o której mowa w przepisie art. 126 ust. 1 Pp.

III. Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków informacyjno-sprawozdawczych

Wśród kilku kategorii naruszeń podlegających odpowiedzialności karnoadministracyjnej na gruncie obowiązującej ustawy – Prawo pocztowe z 2012 r. – zarówno tych zapożyczonych z dawnej ustawy, jak i nowych ich typów – zwraca uwagę liczny katalog deliktów pocztowych związanych z zaniechaniem bądź nienależytym wykonywaniem szeregu obowiązków informacyjno-sprawozdawczych spoczywających na operatorach pocztowych (art. 126 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10 ust. 1, art. 43 ust. 1 i 5, art. 50, art. 86 ust. 1, art. 112 ust. 1 Pp). Fakt ten łączyć należy z wagą, jaką przywiązuje ustawodawca do wiarygodności danych udostępnianych regulatorowi rynku usług pocztowych i rzutujących na stan jego wiedzy oraz charakter wydawanych w oparciu o nią decyzji regulacyjnych.

Mowa tutaj o zaniechaniu obowiązku udzielania informacji lub dostarczania następujących dokumentów. Po pierwsze – pisemnego (bądź w postaci elektronicznej) zgłoszenia zmiany przewidywanej daty rozpoczęcia działalności pocztowej; zgłoszenia zmiany danych w zakresie objętym wnioskiem o wpis do rejestru, w terminie 14 dni od dnia jej zaistnienia; a także zgłoszenia zawieszenia albo zakończenia wykonywania działalności pocztowej, w terminie 14 dni od dnia zawieszenia albo zakończenia tej działalności (art. 10 ust. 1 Pp). Po drugie, sprawozdania z działalności pocztowej w poprzednim roku, które operator pocztowy jest zobowiązany przedłożyć Prezesowi UKE, w terminie do dnia 31 marca, jak również sprawozdania z takiej działalności przedkładanego przez podmiot wykreślony z rejestru, za okres wykonywanej działalności pocztowej w roku, w którym nastąpiło jego wykreślenie z rejestru (art. 43 ust. 1 i 5 Pp). Po trzecie, informacji (którą operator jest zobowiązany złożyć Prezesowi UKE w terminie 7 miesięcy od zakończenia roku obrotowego) o swojej sytuacji finansowej wynikającej z rentowności usług powszechnych w poprzednim roku obrotowym, w tym o rentowności placówek pocztowych w podziale na obszary miejskie i wiejskie, uwzględniającej także inne czynniki determinujące warunki świadczenia usług powszechnych na danym terenie, w tym trudne warunki geograficzne, jeżeli w sposób istotny wpływają na utrudnienie komunikacji pocztowej z siedliskami ludzkimi (art. 50 Pp). Po czwarte, dostarczanych przez operatora pocztowego, na żądanie Prezesa UKE, danych (gromadzonych

w utworzonej, aktualizowanej i zarządzanej przez niego bazie danych) dotyczących świadczonych usług pocztowych niezbędnych do przygotowania systemów łączności na potrzeby obronne państwa, w tym danych dotyczących systemu kierowania bezpieczeństwem narodowym, używanej do tego celu infrastruktury, zasobów kadrowych, środków transportowych i wyposażenia umożliwiającego dystrybucję przesyłek pocztowych, oraz aktualizacji przekazywanych danych po każdej ich zmianie (art. 86 ust. 1 Pp). Po piąte wreszcie, dokumentów zawierających kalkulację kosztu netto i straty na usługach powszechnych oraz rachunków i innych dokumentów, służących za podstawę kalkulacji kosztu netto i straty na usługach powszechnych, zgodnie ze zbadanym przez niezależnego biegłego rewidenta sprawozdaniem finansowym za poprzedni rok obrotowy, które operator wyznaczony przedkłada Prezesowi UKE w terminie 7 miesięcy od zakończenia roku obrotowego, w którym wystąpiła strata na usługach powszechnych następujące (art. 112 ust. 1 Pp).

Nienależytą realizację tego rodzaju obowiązków potraktował ustawodawca nieco łagodniej. Uzależnił bowiem w tym przypadku możliwość nałożenia kary pieniężnej od uznania przez Prezesa UKE, iż charakter i skala takiego rodzaju naruszeń stanowią istotną przeszkodę w realizacji przez niego zadań regulacyjnych i kontrolnych dotyczących rynku pocztowego, które wymagają wykorzystania właściwych informacji, danych lub dokumentów. Karze pieniężnej podlega wówczas podmiot, który składa nieprawdziwe bądź niepełne zgłoszenie, o którym mowa w art. 10 ust. 1 Pp, sprawozdanie, o którym mowa w art. 43 ust. 1 i 5 Pp, jak również informację, o której mowa w art. 50 Pp, czy też dane, o których mowa w art. 86 ust. 1 Pp; składa nieterminowo zgłoszenie, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 2 i 3 Pp, sprawozdanie, o którym mowa w art. 43 ust. 1 i 5 Pp, czy też informację, o której mowa w art. 50 Pp; składa w niepełnym zakresie lub z naruszeniem terminu dokumenty, o których mowa w art. 112 ust. 1 Pp. Odnosi się to również do zaniechania stosowania się do zaleceń pokontrolnych sformułowanych w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UKE. Nałożenie kary jest jednak dopuszczalne dopiero wówczas, gdy natura oraz rozmiary naruszenia, a zatem sposób, w jaki określony podmiot nie wywiązuje się ze swoich powinności informacyjno-sprawozdawczych, są w opinii Prezesa UKE na tyle dotkliwe, iż poważnie utrudniają wykonanie przezeń obowiązków ustawowych bez wykorzystania stosownych informacji, danych czy też dokumentów w postępowaniu administracyjnym bądź kontrolnym, prowadzonym na podstawie ustawy – Prawo pocztowe. Może to mieć miejsce chociażby w sytuacji znacznego opóźnienia w ich przedłożeniu, przedstawienia informacji w sposób uniemożliwiający ich prawidłową weryfikację lub w celu uczynienia postępowania przewlekłym.

Wspomnieć warto na koniec, że karze pieniężnej podlega również zaniechanie przez operatora pocztowego realizacji obowiązków informacyjnych nie tylko względem regulatora rynku usług pocztowych, lecz także takich, które z pewnością mają wymiar informacyjny, tyle, że wobec klientów usług pocztowych. Chodzi tutaj mianowicie chociażby o konieczność udostępniania regulaminu świadczenia usług pocztowych lub cennika usług pocztowych w każdej placówce pocztowej i na swojej stronie internetowej (art. 126 ust. 1 pkt 7 Pp).

IV. Wymiar kary pieniężnej

Wysokość kary pieniężnej w ustawie – Prawo pocztowe z 2012 r. określona została przez ustawodawcę w sposób podobny do rozwiązań legislacyjnych znanych ustawie – Prawo telekomunikacyjne (art. 210 Pt), poprzez wyznaczenie relacji wysokości sankcji do poziomu osiągniętego

rocznego przychodu bądź kwotowo, gdy okres działalności jest krótszy aniżeli rok. W przypadku deliktów pocztowych nie może ona przekroczyć 2% przychodów ogółem osiągniętych przez operatora pocztowego z działalności pocztowej w roku obrotowym poprzedzającym wymierzenie kary bądź z działalności gospodarczej w roku obrotowym poprzedzającym wymierzenie kary, gdy chodzi o podmiot wykonujący działalność pocztową bez wymaganego wpisu do rejestru oraz podmiot, który w roku obrotowym poprzedzającym wymierzenie kary nie wykonywał działalności pocztowej. W razie wykonywania działalności pocztowej przez okres krótszy niż 12 miesięcy „za podstawę wymiaru kary pieniężnej przyjmuje się równowartość kwoty 500 000 euro, wyrażonej w złotych i ustalanej przy zastosowaniu kursu średniego ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski obowiązującego w dniu wydania decyzji o wymierzeniu kary" (art. 126 ust. 4 i 5 Pp), wobec 250 000 euro w przepisie art. 67 ust. 3 dPp. Zmianę wymiaru podstawy sankcji w tym przypadku ustawodawca uzasadnił koniecznością zachowania jej adekwatności[9], licząc – jak się wydaje – na dostosowanie przez Prezesa UKE w toku postępowania o nałożenie kary pieniężnej, poziomu dolegliwości kary pieniężnej do rzeczywistego ciężaru gatunkowego naruszenia i faktycznych rozmiarów prowadzonej działalności pocztowej oraz uzyskiwanych z tego tytułu korzyści.

Zwrócić należy również uwagę, iż zrezygnowano z dwóch stopni maksymalnej wysokości tejże sankcji obowiązujących dotychczas, gdzie naruszenia o mniejszym ciężarze gatunkowym (np. zaniechanie przez operatora „zgłoszenia Prezesowi UKE zmian stanu faktycznego i prawnego objętego zezwoleniem lub wpisem do rejestru czy też przedłożenia wymaganego sprawozdania o działalności pocztowej albo wymaganej informacji o zakresie tej działalności„) zagrożone były karą pieniężną do 1% przychodów, poważniejsze zaś do 2% przychodów (art. 67 ust. 2 dPp). Świadczy to z pewnością z jednej strony o wzroście stopnia dolegliwości odpowiedzialności karnoadministracyjnej na gruncie nowej ustawy – Prawo pocztowe, a z drugiej – o poszerzeniu zakresu uznaniowości Prezesa UKE w tym zakresie, skoro to jego oceny pozostawiono kwestię miarkowania sankcji uregulowanego dotychczas ustawowo.

Jeżeli chodzi natomiast o karę pieniężną nakładaną w ramach odpowiedzialności akcesoryjnej osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą, członka zarządu spółki prawa handlowego, dyrektora przedsiębiorstwa, wspólnika spółki jawnej, komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o której mowa w przepisie art. 126 ust. 6 Pp, to jej wysokość nie może przekroczyć 300% otrzymywanego przez ukaranego wynagrodzenia, obliczonego według zasad obowiązujących przy ustalaniu ekwiwalentu pieniężnego za urlop. W sytuacji, gdy ukarany nie otrzymuje wynagrodzenia w związku z pełnioną funkcją lub wykonywaną działalnością, wysokość kary nie może przekraczać dziesięciokrotności minimalnego wynagrodzenia za pracę w rozumieniu przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę[10]. Obecnie poziom wynagrodzenia minimalnego to 1750 zł[11], a zatem kara pieniężna w tym ostatnim przypadku nie może przekroczyć wysokości 17 500 zł.

Nie sposób nie poruszyć również kwestii ustawowych dyrektyw wymiaru kary pieniężnej na gruncie obowiązującej ustawy – Prawo pocztowe. Ustalając wysokość tej sankcji Prezes UKE zobligowany jest uwzględnić trzy elementy: stopień szkodliwości czynu; dotychczasową działalność

[9] Sejm RP VII kadencji, Druk nr 801, Uzasadnienie do projektu ustawy.

[10] Dz.U. Nr 200, poz. 1679, ze zm.

[11] W myśl postanowień przepisu § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 1220) od 1.01.2015 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 1 750 zł.

podmiotu, a także wysokość przychodu uzyskanego z działalności gospodarczej w roku obrotowym poprzedzającym nałożenie przedmiotowej kary (art. 126 ust. 8 Pp). Sam stopień szkodliwości czynu (a raczej nie tyle czynu, ile każdego naruszenia, o którym mowa w przepisie art. 126 Pp, zarówno dokonanego przez osobę fizyczną, jak i podmiot o charakterze korporacyjnym) odzwierciedlać ma zakres negatywnych skutków wywołanych naruszeniem, nie tylko względem czynności prowadzonych przez Prezesa UKE, lecz także tych, które w sposób niekorzystny oddziałują na uczestników rynku usług pocztowych (operatorów pocztowych, klientów usług pocztowych), skutkujących niekiedy nawet wyrządzeniem wymiernej szkody, np. w przypadku naruszenia tajemnicy pocztowej (art. 126 ust. 1 pkt 4 Pp). Co do kwestii dotychczasowej działalności podmiotu, to utożsamiać ją należy przede wszystkim ze sposobem wykonywania działalności pocztowej (zwłaszcza w relacji do regulatora rynku usług pocztowych) przed naruszeniem przepisów prawa skutkującym odpowiedzialnością karnoadministracyjną z mocy przepisu art. 126 Pp. Mowa tutaj zatem w szczególności o prowadzeniu przez podmiot podlegający karze pieniężnej takiego rodzaju aktywności zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, zwłaszcza w perspektywie zaistnienia ewentualnej „recydywy karnoadministracyjnej", związanej z ponownym popełnieniem pocztowego deliktu administracyjnego, pod rządami prawa pocztowego tak z 2012 r., jak i z 2003 r.

Trzeba przy tym pamiętać, że w świetle poprzedniej ustawy, nakładając karę Prezes UKE zobowiązany był mieć na uwadze takie wyznaczniki jej wymiaru, jak: stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia, dotychczasową działalność podmiotu oraz jego możliwości finansowe (art. 68 ust. 2 dPp). Ustawodawca zdecydował się zatem na usunięcie spośród katalogu wytycznych mających wpływ na wysokość sankcji pieniężnej kryterium stopnia zawinienia. Zabieg ten uznać należy za celowy, albowiem wina, będąc jedną z kluczowych materii prawa karnego, postrzegana jest przede wszystkim jako atrybut przypisywany odpowiedzialności osoby fizycznej. Odpowiedzialność na zasadzie winy różni się od odpowiedzialności na zasadzie ryzyka znanej prawu cywilnemu, jak również odrębnej kategorii odpowiedzialności osób prawnych[12]. Kara pieniężna z ustawy – Prawo pocztowe, nakładana jest z mocy prawa, z tytułu wystąpienia winy obiektywnej i nie jest uzależniona od wystąpienia winy jako takiej bądź określonego stopnia zawinienia. Możliwe byłoby natomiast przypisanie określonego stopnia zawinienia osobie fizycznej np. członkowi organu zarządzającego podmiotem zbiorowym podlegającemu odpowiedzialności karnoadministracyjnej[13]. Jednoznaczne określenie treści winy w kontekście odpowiedzialności podmiotów zbiorowych napotyka jednakże na przeszkody wobec braku wystarczających regulacji ustawowych w tym zakresie[14]. Co do rezygnacji z wymogu uwzględnienia kwestii możliwości finansowych podmiotu podlegającego karze, to wydaje się, że „wysokość przychodu uzyskanego z działalności gospodarczej w roku obrotowym poprzedzającym nałożenie przedmiotowej kary" ten wyznacznik po części zastąpiła, jakkolwiek z pewnością poziom przychodu nie świadczy w sposób jednoznaczny o kondycji finansowej przedsiębiorcy, a sam przychód stanowi skądinąd podstawę wymiaru kary w ogóle.

[12] Na potrzeby egzekwowania odpowiedzialności podmiotów korporacyjnych, a taki przecież status w posiadają częstokroć operatorzy pocztowi, wypracowano zasadniczo trzy modele tej odpowiedzialności – odpowiedzialność osoby prawnej za czyny popełnione przez osobę fizyczną działającą w jej imieniu, odpowiedzialność z tytułu winy obiektywnej wymagająca istnienia jedynie związku przyczynowego pomiędzy działalnością podmiotu zbiorowego a czynem zabronionym dokonanym przez osobę fizyczną, bezpośrednia odpowiedzialność pomiotów korporacyjnych poprzez ustanowienie pojęcia winy podmiotu zbiorowego. Zob. B. Namysłowska-Gabrysiak, *Odpowiedzialność karna osób prawnych*, Warszawa 2003, ss. 161–162.

[13] M. Czyżak, *Odpowiedzialność karnoadministracyjna za nielegalne wykonywanie działalności pocztowej*, [w:] H. Babis (red.), *Czynniki kreujące rozwój społeczeństwa informacyjnego w Polsce*, Zeszyty Naukowe Nr 519, Ekonomiczne problemy usług Nr 27, Szczecin 2008, ss. 308–309.

[14] M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 155.

Obok dyrektyw wymiaru kary o charakterze, rzec można, zasadniczym, wskazanych w przepisie art. 126 ust. 8 Pp, posługuje się ustawodawca na gruncie nowego prawa pocztowego również przesłankami o charakterze posiłkowym rzutującymi na dolegliwość reakcji karnoadministracyjnej. Mają one o tyle wpływ na wymiar kary, że ich zaistnienie prowadzić może do skorzystania przez Prezesa UKE z możliwości odstąpienia od kary. Mowa tutaj o dopuszczalności odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej przewidzianej w wysokości od 50 zł do 10 000 zł z tytułu zaniechania przez właściciela lub współwłaścicieli nieruchomości gruntowych, na których znajduje się budynek mieszkalny, jak również budynku mieszkalnego stanowiącego odrębną nieruchomość, umieszczenia oddawczej skrzynki pocztowej spełniającej wymagania określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 40 ust. 5 Pp. Podobnie, Prezes UKE może odstąpić od nałożenia kary na operatora wyznaczonego, który narusza obowiązek świadczenia usług powszechnych, o którym mowa w art. 46 ust. 2 pkt 2 lit. a i pkt 3 Pp, tj. przy zapewnieniu na terytorium całego kraju wymaganego przepisami prawa rozmieszczenia placówek pocztowych operatora wyznaczonego oraz z zachowaniem wskaźników czasu przebiegu przesyłek pocztowych. Warunkiem *sine qua non* dopuszczalności skorzystania przez organ regulacyjny z tego narzędzia „miłosierdzia karnoadministracyjnego" jest zbadanie takich okoliczności, jak – istniejąca koniunktura gospodarcza, aktualna sytuacja finansowa operatora wyznaczonego, w tym w zakresie świadczenia usług powszechnych, uwarunkowania rynku pracy oraz utrzymanie ciągłości świadczenia usług powszechnych. W przypadku naruszenia obowiązku świadczenia usług pocztowych z zachowaniem wskaźników czasu przebiegu przesyłek pocztowych, odstępując od wymierzenia kary, Prezes UKE zobligowany jest również wziąć pod uwagę wyniki badań czasu przebiegu przesyłek pocztowych uzyskanego w danym roku w zakresie usług powszechnych w obrocie krajowym przez operatora wyznaczonego, z ostatnich dwóch lat oraz wielkość różnicy między wskaźnikami obowiązującymi a osiągniętymi, jak również działania podjęte przez operatora na rzecz poprawy osiąganych wskaźników. Zobowiązany jest zapewnić także przeprowadzenie tych badań przez profesjonalny podmiot wyspecjalizowany w realizacji badań rynkowych, który nie posiada powiązań własnościowych bądź kontrolnych z operatorem wyznaczonym, a następnie zadbać o weryfikację prawidłowości ich realizacji, a także ich wyników (art. 52 Pp).

V. Przedawnienie odpowiedzialności karnoadministracyjnej

Prawo pocztowe z 2012 r. wprowadziło istotne *novum* do dotychczasowych reguł odpowiedzialności karnoadministracyjnej związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej w dziedzinie poczty. Mowa tutaj o przedawnieniu tejże odpowiedzialności. Przybiera ono przy tym postać przedawnienia karalności (art. 129 ust. 1 Pp) oraz przedawnienia wykonania kary (art. 129 ust. 2 Pp).

W myśl postanowień art. 129 ust. 1 Pp, „Prezes UKE wydaje decyzję o wymierzeniu kary pieniężnej w terminie nieprzekraczającym 24 miesięcy od dnia stwierdzenia naruszeń, o których mowa w art. 126 i art. 127". Ustawodawca wytycza tym samym organowi regulacyjnemu rynku usług pocztowych krańcowy termin zakończenia postępowania administracyjnego w sprawie o nałożenie kary pieniężnej. Posługując się sformułowaniem „dzień stwierdzenia naruszenia", a nie „dzień naruszenia" zadecydował jednakże przy tym, iż naruszenie skutkujące odpowiedzialnością karnoadministracyjną, należące do katalogu wskazanego w przepisach ustawy – Prawo pocztowe może mieć miejsce znacznie wcześniej, aniżeli sama czynność organu polegająca na odkryciu

faktu naruszenia. Tym samym przedawnienie karalności utożsamiać należy nie tyle z faktem upływu określonego czasu od zaistnienia naruszenia, ale upływem wyznaczonego Prezesowi UKE terminu zawitego na nałożenie kary pieniężnej.

Jeżeli mowa o dniu stwierdzeniu naruszenia, to dojść może do niego chociażby w trakcie postępowania kontrolnego prowadzonego zgodnie z przepisami rozdziału 11 ustawy – Prawo pocztowe pt. „Kontrola działalności pocztowej". Na podstawie art. 122 Pp, Prezes UKE uprawniony jest bowiem do kontroli przestrzegania przepisów i decyzji z zakresu działalności pocztowej. Kontrola ta obejmuje działalność wykonywaną na podstawie ustawy – Prawo pocztowe w zakresie: świadczenia usług pocztowych, stosowania przez operatora świadczącego usługi powszechne wymagań dotyczących czasu przebiegu przesyłek pocztowych, zapewnienia przez operatora świadczącego usługi powszechne osobom niepełnosprawnym dostępu do świadczonych usług powszechnych, zgodności z warunkami wymaganymi dla wykonywania działalności pocztowej, ustalania cen dostępu do elementów infrastruktury pocztowej, wywiązywania się operatorów świadczących usługi pocztowe z obowiązków związanych z przyjmowaniem do przemieszczenia przesyłek zawierających produkty pochodzenia zwierzęcego, wypełniania obowiązków na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, a także wykrywania działalności wykonywanej bez wymaganego wpisu do rejestru. Podczas wykonywania czynności kontrolnych, o czym już wspominano powyżej, upoważnieni pracownicy UKE, w ramach prowadzonej kontroli, posiadają m.in. prawo do dostępu do materiałów, dokumentów i danych podlegających tejże kontroli, jak również wstępu do infrastruktury kontrolowanego podmiotu, a także dokonywania oględzin (art. 123 ust. 1 Pp), i to wówczas odnotować zwykle mogą fakt naruszenia pociągającego za sobą odpowiedzialność karnoadministracyjną, o której mowa w przepisie art. 126 Pp, o ile do niego doszło. Zwrócić należy uwagę, że wyznaczając zasady prowadzenia kontroli, ustawodawca wprost odnosi się do faktu stwierdzenia naruszenia przepisów bądź decyzji dotyczących działalności pocztowej. Nakłada bowiem na Prezesa UKE obowiązek wydania decyzji określającej zakres ustalonych naruszeń i termin usunięcia zaistniałych nieprawidłowości, a fakultatywnie również sposób ich usunięcia. Jeżeli charakter i skala naruszenia nie zagrażają bezpieczeństwu obrotu pocztowego, a także istotnym interesom podmiotów korzystających z usług pocztowych bądź operatorów pocztowych, wówczas organ regulacyjny wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa operatora pocztowego do usunięcia naruszeń lub udzielenia wyjaśnień (art. 125 ust. 1 i 2 Pp).

Innym przypadkiem potwierdzającym fakt naruszenia przepisów ustawy – Prawo pocztowe skutkującego odpowiedzialnością karnoadministracyjną, może stać się pozyskanie przez organ regulacyjny wiedzy o zaniechaniu realizacji obowiązków informacyjnych spoczywających na operatorze pocztowym. Mowa tutaj chociażby o powinnościach dotyczących m.in.: corocznego przedkładania, w terminie do dnia 31 marca, sprawozdania z działalności pocztowej w poprzednim roku kalendarzowym (art. 43 ust. 1 Pp); informowania przez operatora wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej, w terminie 7 miesięcy od zakończenia roku obrotowego, o swojej sytuacji finansowej wynikającej z rentowności usług powszechnych w poprzednim roku obrotowym (art. 50 Pp); czy też dostarczenia danych dotyczących świadczonych usług pocztowych koniecznych do przygotowania systemów łączności na potrzeby obronne państwa (art. 86 ust. 1 Pp), których niezrealizowanie stanowi delikt administracyjny z przepisu art. 126 ust. 1 pkt 1 Pp. W sytuacji,

gdy to Prezes UKE wymaga zgodnie z posiadanymi kompetencjami przedłożenia mu stosownej informacji w wyznaczonym przezeń terminie, to świadomość organu co do upływu tego terminu rzutować będzie na określenie dnia rozpoczynającego bieg okresu przedawnienia.

W przypadku natomiast przedawnienia wykonania kary, „Obowiązek zapłaty kary pieniężnej ulega przedawnieniu po upływie 5 lat od dnia, w którym decyzja o wymierzeniu kary pieniężnej stała się ostateczna" (art. 129 ust. 3 Pp). Co do kwestii ostateczności decyzji administracyjnej, to w myśl postanowień przepisu art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.) jest nią decyzja, od której „nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy". Na gruncie ustawy – Prawo pocztowe ustawodawca przyjął przy tym, analogicznie jak dla innych ustaw regulacyjnych dla sektorów infrastrukturalnych gospodarki, rozwiązanie stanowiące wyjątek względem znanej kodeksowi postępowania administracyjnego instytucji wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 127 § 3 k.p.a.). Polega ono na możliwości wniesienia od decyzji Prezesa UKE o nałożeniu kary pieniężnej, odwołania do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji (art. 129 ust. 2 Pp). Dopiero decyzja, od której takie odwołanie już nie przysługuje, uznana może być za ostateczną, a w konsekwencji rozpoczyna to bieg okresu 5 lat, w którym organ regulacyjny ma prawo wyegzekwować sankcję ekonomiczną nałożoną na podstawie przepisu art. 126 lub 127 Pp.

Uzasadnienia dla wprowadzenia instytucji przedawnienia na grunt przepisów kreujących zasady odpowiedzialności karnoadministracyjnej w prawie pocztowym upatrywać należy, ze względu na specyfikę tego rygoru odpowiedzialności (z pogranicza prawa karnego i prawa publicznego gospodarczego), w przesłankach charakterystycznych tak dla prawa cywilnego, jak i dla karnego. W tym pierwszym przypadku będzie do nich należało z pewnością dążenie do usunięcia swoistego stanu niepewności prawnej w sytuacji, gdy organ administracji publicznej przez stosunkowo długi okres zaniechałby realizacji swoich uprawnień względem podmiotu sprawczego deliktu administracyjnego. W tym drugim, mając natomiast na względzie postulowaną w orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie takich ustaw, jak chociażby ustawa – Prawo telekomunikacyjne, konieczność stosowania względem odpowiedzialności karnoadministracyjnej przedsiębiorców gwarancji charakterystycznych dla odpowiedzialności karnej[15], w grę wchodzić z pewnością będzie zarówno postępujące wraz z upływem czasu od zaistnienia naruszenia zacieranie się poczucia konieczności reakcji karnoadministracyjnej na zaistniałe naruszenie, jak i możliwość wystąpienia trudności dowodowych w trakcie prowadzonego postępowania w sprawie o nałożenie kary pieniężnej.

Przypomnieć również wypada, że powstałe dotychczas propozycje regulacji kreujących przepisy ogólne prawa administracyjnego swoim zakresem obejmowały także materię przedawnienia sankcji administracyjnych o charakterze pieniężnym, jakkolwiek okres, którego upływ skutkować miał przedawnieniem proponowano krótszy, liczono zaś go nie od dnia stwierdzenia naruszenia, ale od jego wystąpienia. Mowa tutaj o projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, przygotowanym i procedowanym przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VI kadencji[16]. Zakładał on w przepisie art. 36, iż administracyjnej kary pieniężnej nie można byłoby wymierzyć „po upływie 1 roku od popełnienia czynu objętego karą", natomiast wszczęcie postępowania w sprawie

[15] Zob. np. Wyr. SN z 10.11.2010 r., III SK 27/08 (LEX nr 677766); wyr. SN z 5.01.2011 r., III SK 32/10 (LEX nr 824312).

[16] Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego w redakcji z 29.12.2010 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VI kadencji, Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka, Druk sejmowy nr 3942.

wymierzenia kary w tym czasie wstrzymywałoby bieg terminu przedawnienia. W przedmiotowej sytuacji karalność czynu uzasadniającego wymierzenie kary ustawałaby po upływie 1 roku od dnia wszczęcia postępowania. Chodzi tutaj zatem o wygaśnięcie uprawnienia organu do egzekucji obowiązku o charakterze indywidualnym[17]. Jak dotąd, regulacje o takim charakterze do obowiązującego porządku prawnego jednakże nie weszły, chociaż mając na uwadze rosnącą liczbę przepisów kreujących odpowiedzialność karnoadministracyjną w postaci kar pieniężnych, wprowadzenie jednolitych zasad wymiaru sankcji tego rodzaju czy też ich przedawnienia, uznać należy ze wszech miar za warte rozważenia.

VI. Uwagi końcowe

Uzasadnienia dla przyznania przez ustawodawcę Prezesowi UKE kompetencji o charakterze karnoadministracyjnym upatrywać należy w funkcjach realizowanych przez karę pieniężną. Mowa tutaj przede wszystkim, analogicznie jak w przypadku instrumentów karnoadministracyjnych przysługujących organom regulacyjnym w obszarze innych sektorów infrastrukturalnych np. telekomunikacyjnego, energetycznego czy też kolejowego, o funkcji prewencyjnej, represyjnej i regulacyjnej. W przypadku tej pierwszej, samo zagrożenie karą pieniężną odstrasza potencjalnych „sprawców" deliktów od ich dokonania, natomiast podmioty już ukarane od ponownego naruszenia przepisów prawa pocztowego. Wobec znacznej wartości ekonomicznej tego rodzaju sankcji, stanowi ona przy tym dosyć dolegliwą konsekwencję takiego naruszenia. Co więcej, czyni skutecznymi działania regulacyjne Prezesa UKE w obszarze rynku usług pocztowych.

Mając na względzie kształt przepisów o odpowiedzialności karnoadministracyjnej wprowadzonych do porządku prawnego przez ustawę – Prawo pocztowe z 2012 r., uznać należy je za istotny krok naprzód, jeżeli chodzi o kompleksowość regulacji kreujących możliwość nałożenia sankcji administracyjnej o charakterze pieniężnym. U przyczyn sformułowania takiej tezy legło kilka przesłanek. Po pierwsze, wprowadzono na jej gruncie instytucje pokrewne przedawnieniu kary znane prawu karnemu. Przynosi to w konsekwencji operatorom pocztowym (jak również innym podmiotom podlegającym w tym obszarze odpowiedzialności karnoadministracyjnej) ograniczenie do określonego przedziału czasowego ryzyka poniesienia konsekwencji spowodowanego przez niego naruszenia przepisów prawa administracyjnego. Można zatem bez ogródek stwierdzić, iż wpisuje się to po części w sugerowaną przez judykaturę na gruncie analogicznych ustaw dotyczących sektorów infrastrukturalnych, konieczność stosowania w przypadku odpowiedzialności karnoadministracyjnej, gwarancji procesowych analogicznych do prawnokarnych. Po drugie, zmodyfikowano dyrektywy wymiaru kary, czyniąc je poprzez eliminację elementu zawinienia, bardziej adekwatnymi dla wszelkiego rodzaju kategorii podmiotów podlegających sankcji pieniężnej na gruncie rawa pocztowego. Po trzecie, przyznano Prezesowi UKE uprawnienie do odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, z uwagi na – generalnie rzecz ujmując – ciężar gatunkowy niektórych naruszeń, zawężając tym samym materialny zakres odpowiedzialności karnoadministracyjnej.

Zwrócić należy przy tym również uwagę, że w porównaniu do poprzedniego stanu prawnego (pod rządami ustawy – Prawo pocztowe z 2003 r.) zakres przedmiotowy odpowiedzialności karnoadministracyjnej w obszarze poczty został poszerzony, w szczególności o obowiązki nałożone

[17] Zob. J. Człowiekowska, *Czas w materialnym prawie administracyjnym*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Czas w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, ss. 92–93.

na operatorów pocztowych w związku z liberalizacją rynku usług pocztowych. Jest to z pewnością wyraz przyznania regulatorowi uprawnień stosownych do przypisanych mu zadań regulacyjnych, w dobie kształtującego się na nowo i rozwijającego się zliberalizowanego rynku usług pocztowych, gdzie skala naruszeń ustanowionych reguł działalności pocztowej może być znaczna, a charakter zróżnicowany. Szczegółowa analiza rozwiązań legislacyjnych o charakterze karnoadministracyjnym w obszarze poczty, z uwagi na ich szczegółowość i charakter, wymaga przeprowadzenia dogłębnych rozważań, które jednakże nie mieszczą się w rozmiarach niniejszego opracowania, ale stanowić będą z pewnością przedmiot dalszych studiów doktryny prawa regulacyjnego.

Bibliografia

Człowiekowska Joanna. 2011. „*Czas w materialnym prawie administracyjnym”.* W Czas w prawie administracyjnym. Warszawa. Wolters Kluwer: 80–98.

Czyżak Mariusz. 2008. „*Odpowiedzialność karnoadministracyjna za nielegalne wykonywanie działalności pocztowej*”. W Czynniki kreujące rozwój społeczeństwa informacyjnego w Polsce. Zeszyty Naukowe 519. Ekonomiczne problemy usług Nr 27. Szczecin. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego: 308–309.

Czyżak Mariusz. 2013. „*Przestępstwo udaremniania lub utrudniania kontroli państwowej”.* Wojskowy Przegląd Prawniczy 2013 (3). http://www.npw.gov.pl/dokumenty/WPP/2013-4/2013-4-3.pdf

Namysłowska-Gabrysiak Barbara. 2003. Odpowiedzialność karna osób prawnych. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.

Wincenciak Mirosław. 2008. Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania. Warszawa. Wolters Kluwer.

Orzeczenia sądów powszechnych w sprawach telekomunikacji – 2014

A. Tabela wyroków i postanowień Sądu Najwyższego

Lp.	Sygnatura (rodzaj rozstrzygnięcia)	Data wydania wyroku	Strony	Wyrok, od którego wniesiono kasację	Praktyka, kara pieniężna	Przepisy PT	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	III SK 29/13 (postan.)	14.01.2014	P. T. K. C. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 17.01.2013	zmiana umowy	art. 28 ust. 6; art. 28 ust. 8; art. 34 ust. 1; art. 40 ust. 1	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
2.	III SK 30/13 (postan.)	14.01.2014	E. Sp. z o.o. w K. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 23.11.2012	ustalenie wysokości opłat za usługi dostępu	art. 206 ust. 1	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
3.	III SK 32/13 (postan.)	24.01.2014	P. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 22.01.2013	umorzenie postępowania administracyjnego	art. 206 ust. 1	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
4.	III SK 38/13 (postan.)	27.01.2014	P. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 22.10.2012	zmiana umowy	art. 28; art. 17	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
5.	III SK 39/13 (postan.)	05.02.2014	N. S.A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 20.12.2012	kara pieniężna	art. 209; art. 201; art. 210; art. 200 ust. 6; art. 199	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
6.	III SK 17/13	12.02.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 3.07.2012	ustalenie opłat z tytułu dostępu	art. 15 pkt 2; art. 16; art. 18; art. 19 ust. 2a	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy SA w Warszawie do ponownego rozpoznania

1	2	3	4	5	6	7	8
7.	III SK 52/13 (postan.)	20.02.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 21.03. 2013	zmiana umowy	-	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
8.	III SK 55/13 (postan.)	20.02.2014	E. Sp. z o.o. w K. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 20.12. 2012	ustalenie wysokości opłat za usługi dostępu	-	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
9.	III SK 60/13 (postan.)	20.02.2014	T.-M. P. S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 7.02. 2013	zmiana umowy	-	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
10.	III SK 35/13	04.03.2014	Telekomunikacja Polska S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 13.12. 2012	określenie warunków udostępniania danych	art. 2 pkt 27; art. 10 ust. 1 i 9; art. 67 ust. 1 i 2; art. 206 ust. 1; art. 2 pkt 44; art. 209 ust. 1 pkt 2	oddalenie skargi
11.	III SK 66/13 (postan.)	27.03.2014	P. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 10.05. 2013	zmiana umowy	art. 206 ust. 1	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
12.	III SK 67/13 (postan.)	27.03.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 22.02. 2013	zmiana umowy	art. 28 ust. 1; art. 40 ust. 1; art. 30 ust. 1	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
13.	III SK 68/13 (postan.)	27.03.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 23.04. 2013	zmiana umowy	art. 29; art. 28; art. 15; art. 16 ust. 1; art. 18; art. 17; art. 30; art. 40	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
14.	III SK 69/13 (postan.)	27.03.2014	P. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 25.04. 2013	zmiana umowy	art. 28 ust. 1 pkt 2; art. 29; art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania

1	2	3	4	5	6	7	8
15.	III SK 70/13 (postan.)	27.03.2014	P. S.A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 08.05. 2013	kara pieniężna	art. 210 ust. 2; art. 74 ust. 3	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
16.	III SK 72/13 (postan.)	08.05.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 28.03.2013	zmiana umowy	art. 29; art. 34; art. 40; art. 206 ust. 2	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
17.	III SK 28/13 (postan.)	15.05.2014	P. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 25.01.2013	ustalenie warunków współpra-cy	art. 79; art. 27 ust. 2; art. 28; art. 18; art. 15; art. 26a	zwrócenie się do TS UE z trzema pytaniami praw-nymi oraz odroczenie rozprawy
18.	III SK 77/13 (postan.)	15.05.2014	P. T. C. S. A. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 19.04.2013	zmiana umowy	art. 206 ust. 2; art. 206 ust. 2a; art. 40 ust. 1; art. 40 ust. 4; art. 29	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
19	III SK 79/13 (postan.)	22.05.2014	T.-M. P. S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 4.06.2013	zmiana umowy	art. 29; art. 28 ust. 1 pkt 2; art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c	odmowa przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania
20.	III SK 85/13	8.10.2014	T. P. S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 06.06.2013	kara pieniężna	art. 210 ust. 1 i ust. 2; art. 209 ust. 1; art. 201; art. 199; art. 94 ust. 5; art. 10 ust. 1; art. 206 ust. 1; art. 299; art. 143	oddalenie skargi kasacyjnej
21.	III SK 5/14 (postan.)	15.10.2014	Polskiej Telefonii Komórkowej C. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 19.09.2013	ustalenie warunków współpra-cy	art. 28 ust. 1; art. 18; art. 15 pkt 2; art. 16	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania

1	2	3	4	5	6	7	8
22.	III SK 12/14 (postan.)	22.10.2014	Polskiej Telefonii Komórkowej C. Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 19.09.2013	kara pieniężna	art. 61 ust. 5 i ust. 6; art. 209 ust. 1; art. 2 pkt 1; art. 56	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
23.	III SK 14/14 (postan.)	19.11.2014	Telekomunikacja N. S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 19.09.2013	kara pieniężna	art. 201; art. 199; art. 209 ust. 1; art. 210 ust. 1	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
24.	III SK 17/14 (postan.)	25.11.2014	T.-M. P. S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 10.10.2013	zawarcie umowy	art. 79 ust. 1; art. 15; art. 18; art. 28 ust. 5	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
25.	III SK 26/14 (postan.)	4.12.2014	T. Polska S.A. w W p. Prezesowi UKE	Wyr. SA w Warszawie z 05.12.2013	ustalenie warunków dostępu	-	odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania

B. Tabela wyroków Sądu Apelacyjnego

Lp.	Sygnatura	Data wydania wyroku	Strony	Apelacja od wyroku SO w W-wie – SOKiK z..., sygnatura...	Praktyka	Przepisy PT	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	VI ACa 791/13	29.01.2014	(...) Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	18.03.2013 XVII AmT 218/09	ustalenie pozycji na rynku i nałożenie obowiązków regulacyjnych	art. 24 ust. 1, 2 i 3; art. 34; art. 36; art. 37; art. 40; art. 19 ust. 3; art. 23 ust. 1 i 2; art. 15 pkt 1 i 2; art. 18; art. 25; art. 25c; art. 189 ust. 1 i 2	zmiana zaskarżonego wyroku (uchylenie zaskarżonej decyzji w całości)
2.	VI ACa 916/13	13.02.2014	(...) Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UKE	10.01.2013 XVII AmT 40/10	kara pieniężna	art. 210 ust. 1 i 2; art. 209; art. 6; art. 206 ust. 1; art. 191 ust. 1 pkt 1; art. 192 ust. 1	zmiana zaskarżonego wyroku (uchylenie zaskarżonej decyzji w całości) i oddalenie apelacji pozwanego
3.	VI ACa 988/11	21.03.2014	(...) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	14.03.2011 XVII AmT 114/09	zmiana umowy	art. 28; art. 30; art. 1; art. 40; art. 15; art 17; art 25 ust. 4; art 29	oddalenie obydwu apelacji
4.	VI ACa 1280/13	29.04.2014	(...) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	25.04.2013 XVII AmT 64/12	ustalenie pozycji rynkowej i nałożenie obowiązków regulacyjnych	art. 34; art. 36; art. 37; art. 38; art. 39; art. 40; art. 42; art. 49–54; art. 19 ust. 1 i 2; art. 25 ust. 2; art. 18; art. 24 ust. 3; art. 24 ust. 1; art. 25 ust. 4; art. 21 ust. 2	oddalenie apelacji

1	2	3	4	5	6	7	8
5.	VI ACa 1479/13	07.05.2014	(…) S.A. w W. p. Prezesowi UKE	27.05.2013 XVII AmT 22/10	ustalenie wysokości opłaty z tytułu dostępu telekomunika-cyjnego	art. 40; art. 206; art. 1 ust. 2; art. 189 ust. 2	częściowa zmiana zaskarżonego wyroku (oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kwot tytułem zwrotu kosztów procesu) i oddalenie apelacji powoda
6.	VI ACa 564/13	14.05.2014	(…) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	21.01.2013 XVII AmT 25/11	zmiana umowy	art. 27 ust. 1 i 2; art. 30; art. 15; art. 18; art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c; art. 206 ust. 1	oddalenie apelacji i sprostowanie w zaskarżonym wyroku oznaczenia zainteresowanego (…) Sp. z o.o. we W.
7.	VI ACa 317/13	15.05.2014	(…) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	09.12.2011 XVII AmT 13/10	ustalenie opłat z tytułu dostępu	art. 40; art. 206; art. 21 ust. 1 i ust. 5 pkt 1; art. 25; art. 15 pkt 1 i pkt 2; art. 18; art. 16; art. 19	uchylenie zaskarżonego wyroku (przekazanie SO w Warszawie do ponownego rozpoznania)
8.	VI ACa 1429/13	03.06.2014	(…) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	18.04.2013 XVII AmT 214/09	zmiana umowy	art. 29; art. 206 ust. 1; art. 40; art. 28 ust. 1; art. 18; art. 15; art. 16; art. 30; art. 36	oddalenie apelacji
9.	VI ACa 973/13	29.10.2014	(…) S. A. w W. p. Prezesowi UKE	05.03.2013 XVII AmT 228/09	zmiana umowy	art. 40; art. 28 ust. 1 pkt 2; art. 206 ust 2 i ust. 2a	oddalenie apelacji i sprostowanie niedokładności w wyroku oznaczenia strony powodowej jako (…) S. A. w W.

1	2	3	4	5	6	7	8
10.	VI ACa 1770/13	30.10.2014	(...) S.A. w W. p. Prezesowi UKE	02.07.2013 XVII AmT 36/13	kara pieniężna	art. 206 ust. 1; art. 210 ust. 1; art. 209 ust. 1 pkt 1; art. 56 ust. 3; art. 60; art. 199 ust. 1; art. 210 ust. 2; art. 109; art. 2 pkt 4, 27, 29, 31, 35, 41, 48; art. 201; art. 208	zmiana zaskarżonego wyroku (oddalenie odwołania w całości)
11.	VI ACa 159/14	07.11.2014	(...) S.A. w G. p. Prezesowi UKE	30.09.2013 XVII AmT 11/11	kara pieniężna	art. 201; art. 209; art. 210; art. 56 ust. 3; art. 203 ust. 3; art. 56 ust. 6a; art. 59; art. 61; art. 199; art. 74; art. 71; art. 71a	zmiana zaskarżonego wyroku (uchylenie decyzji Prezesa UKE z 9.12.2010 w pierwszym punkcie)
12.	VI ACa 330/14	9.12.2014	(...) S.A. w G. p. Prezesowi UKE	18.11.2013 XVII AmT 29/12	kara pieniężna	art. 179 ust. 2 pkt 2; art. 199; art. 201 ust. 2 i 3; art. 209 ust. 1 pkt 10; art. 210; art. 179 ust. 3 pkt 1 lit. a; art. 169 ust. 3	oddalenie apelacji
13.	VI ACa 333/14	22.12.2014	(...) S.A. w W. p. Prezesowi UKE	4.10.2013 XVII AmT 34/11	nałożenie obowiązków regulacyjnych	art. 44; art. 24 pkt 1 i 2; art. 1 ust. 2; art. 15 pkt 1 i 2; art. 16 ust. 1; art. 18 ust. 1; art. 40 ust. 1	oddalenie apelacji

C. Tabela wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Lp.	Sygnatura	Data wydania wyroku	Strony	Odwołanie od decyzji Prezesa UKE z...	Praktyka	Przepisy PT	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	XVII AmT 78/12	10.06.2014	Spółdzielnia (...) w R. p. Prezesowi UKE	19.06.2012	ustalenie warunków dostępu do budynku	art. 206 ust. 1; art. 27; art. 28; art. 2 pkt 29; art. 2 pkt 35	uchylenie zaskarżonej decyzji
2.	XVII AmT 19/12	26.06.2014	Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w W. p. Prezesowi UKE	28.11.2011	ustalenie warunków dostępu do budynku	art. 206 ust. 1; art. 27; art. 28 -	oddalenie odwołania
3.	XVII AmT 41/12	11.07.2014	(...) S. A. w W. p. Prezesowi URE	30.12.2011	kara pieniężna	art. 210 ust. 1 i ust. 2; art. 209; art. 172; art. 174; art. 206 ust. 1; art. 201; art. 207	oddalenie odwołania

Dr Ewa M. Kwiatkowska
Akademia Leona Koźmińskiego

Orzeczenia sądów administracyjnych w sprawach telekomunikacji – 2014

A. Tabela wyroków i postanowień Naczelnego Sądu Administracyjnego

Lp.	Sygnatura (rodzaj orzeczenia)	Data wydania orzeczenia	Strony	Orzeczenie, od którego wniesiono skargę kasacyjną	Przedmiot pierwotnie zaskarżonego aktu	Przepisy PrTel	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1	II GSK 1598/12 (wyrok)	24.01.2014	D. R. S.A. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 13.06.2012, VI SA/Wa 373/12	zawieszenie postępowania administracyjnego dotyczącego usług telekomunikacyjnych	art. 26; art. 27 ust. 2; art. 28 ust. 1; art. 29; art. 192 ust 1 pkt 6; art. 199 ust. 1	oddalenie skargi kasacyjnej
2	II GSK 1813/12 (wyrok)	24.01.2014	D. S.A.; Prezes UKE	wyrok WSA w Warszawie z 13.06.2012, VI SA/Wa 374/12	zawieszenie postępowania administracyjnego dotyczącego usług telekomunikacyjnych	art. 27 ust. 2; art. 28 ust. 8; art. 29	oddalenie skargi kasacyjnej
3	II GSK 1812/12 (wyrok)	24.01.2014	D. S.A.; Prezes UKE	wyrok WSA w Warszawie z 13.06.2012, VI SA/Wa 375/12	zawieszenie postępowania administracyjnego dotyczącego usług telekomunikacyjnych	art. 27 ust. 2; art. 28 ust. 8; art. 29	oddalenie skargi kasacyjnej
6	II GSK 1596/12 (wyrok)	24.01.2014	D . R. S.A.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 13.06.2012, VI SA/Wa 372/12	zawieszenie postępowania administracyjnego dotyczącego usług telekomunikacyjnych	art. 26; art. 27 ust. 2; art. 28 ust. 1; art. 29; art. 192 ust 1 pkt 6; art. 199 ust. 1	oddalenie skargi kasacyjnej
7	II GSK 1811/12 (wyrok)	11.02.2012	E. Spółka z o.o. w K.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 31.05.2012, VI SA/Wa 229/12	zmiana i zatwierdzenie oferty ramowej	art. 43 ust. 1, art. 1 ust. 2, art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b i c	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.

1	2	3	4	5	6	7	8
8	II GSK 291/14 (postan.)	19.02.2014	(…); Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 6.09.2013, VI SA/Wa 2266/12	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 114; art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
9	II GSK 292/14 (postan.)	19.02.2014	(…); Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 26.09.2013, VI SA/Wa 1484/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1, art. 206 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.
10	I OSK 2324/12 (wyrok)	21.02.2014	A.P.; Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych	wyrok WSA w Warszawie z 18.06.2012, II SA/Wa 842/12	odmowa udostępnienia danych osobowych	art. 159 ust. 1, ust. 2 pkt 4, ust. 6; art. 161 ust. 1	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
11	II GSK 228/13 (wyrok)	2.04.2012	P. Spółka z o.o. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 25.10.2012, VI SA/Wa 1290/12	określenie terminu zakończenia negocjacji	art. 27 ust. 1 i 2	oddalenie skargi kasacyjnej
12	II GSK 305/13 (wyrok)	8.05.2014	P. T. C. S.A. w W.; Prezes UKE; C. S.A. w W.; M. Spółka z o.o. w W.	wyrok WSA w W. z 6.07.2012, VI SA/Wa 2257/11	unieważnienie przetargu na rezerwację częstotliwości	art. 118d ust. 1	oddalenie skargi kasacyjnej
13	II GSK 484/13 (wyrok)	13.05.2014	P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 12.12.2012, VI SA/Wa 2047/12	umorzenie postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji w przedmiocie nałożenia obowiązku dostosowania stawki z tytułu połączeń głosowych	art. 40 ust. 4	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.

1	2	3	4	5	6	7	8
14	II GSK 1936/12 (wyrok)	13.05.2014	O. S.A. w W. (wcześniej: T. S.A. w W.); Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 19.06.2012, VI SA/Wa 2167/11	przyznanie dopłaty do kosztów świadczonych usług, wchodzących w skład usługi powszechnej	art. 1; art. 95 ust. 1 i 2; art. 96 ust. 3 i 4; art. 209; art. 82 ust. 4	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.
15	II GSK 1863/12 (wyrok)	13.05.2014	O. S.A. w W. (wcześniej: T. S.A. w W.); Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 28.05.2012, VI SA/Wa 2166/11	przyznanie dopłaty do kosztów świadczonych usług, wchodzących w skład usługi powszechnej	art. 1; art. 95 ust. 1 i 2; art. 96 ust. 3 i 4; art. 209; art. 82 ust. 4	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.
16	II GSK 411/13 (wyrok)	29.05.2014	P. Sp. z o.o. w W. oraz P. Sp. z o.o. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 19.11.2012, VI SA/Wa 1896/12	rezerwacja częstotliwości	art. 114 ust. 3; art. 118c ust. 3; art. 112 ust. 2; art. 123 ust. 6 pkt 1	oddalenie skargi kasacyjnej
17	II GSK 1312/14 (postan.)	11.06.2014	(...); Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 4.02.2014, VI SA/Wa 2209/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 1 i 2; art. 206; art. 207 ust. 1	oddalenie skarg kasacyjnych
18	II GSK 1311/14 (postan.)	11.06.2014	(...); Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 20.02.2014, VI SA/Wa 2431/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 1 i 2; art. 206; art. 207 ust. 1	oddalenie skarg kasacyjnych
19	II GSK 639/13 (wyrok)	12.06.2014	P. Spółka z o.o. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 12.12.2012, VI SA/Wa 2015/12	stwierdzenie wygaśnięcia decyzji dotyczącej nałożenia obowiązku dostosowania stawek z tytułu połączeń głosowych	art. 40 ust. 2, 3 i 4	uchylenie zaskarżonego wyroku, decyzji Prezesa UKE z (...) czerwca 2009 r. oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (...) grudnia 2008 r.

1	2	3	4	5	6	7	8
20	II GSK 1096/14 (postan.)	17.06.2014	(...) oraz (...); Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 10.12.2013, VI SA/Wa 1946/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9; art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
16	II GSK 411/13 (wyrok)	29.05.2014	P. Sp. z o.o. w W. oraz P. Sp. z o.o. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 19.11.2012, VI SA/Wa 1896/12	rezerwacja częstotliwości	art. 114 ust. 3; art. 118c ust. 3; art. 112 ust. 2; art. 123 ust. 6 pkt 1	oddalenie skargi kasacyjnej
17	II GSK 1312/14 (postan.)	11.06.2014	(...); Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 4.02.2014, VI SA/Wa 2209/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 1 i 2; art. 206; art. 207 ust. 1	oddalenie skarg kasacyjnych
18	II GSK 1311/14 (postan.)	11.06.2014	(...); Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 20.02.2014, VI SA/Wa 2431/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 1 i 2; art. 206; art. 207 ust. 1	oddalenie skarg kasacyjnych
19	II GSK 639/13 (wyrok)	12.06.2014	P. Spółka z o.o. w W.; Prezes UKE	wyrok WSA w W. z 12.12.2012, VI SA/Wa 2015/12	stwierdzenie wygaśnięcia decyzji dotyczącej nałożenia obowiązku dostosowania stawek z tytułu połączeń głosowych	art. 40 ust. 2, 3 i 4	uchylenie zaskarżonego wyroku, decyzji Prezesa UKE z (...) czerwca 2009 r. oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (...) grudnia 2008 r.
20	II GSK 1096/14 (postan.)	17.06.2014	(...) oraz (...); Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 10.12.2013, VI SA/Wa 1946/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9; art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie

1	2	3	4	5	6	7	8
21	II GSK 1820/14 (postan.)	19.08.2014	K. oraz P.; Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 3.04.2014, VI SA/Wa 3052/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
22	II GSK 1093/14 (postan.)	20.08.2014	K.; Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 22.01.2014, VI SA/Wa 2210/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.
23	II GSK 950/14 (postan.)	21.08.2014	K. I. G. E. i T. w W.; Prezes UKE	postanowienie WSA w W. z 9.01.2014, VI SA/Wa 3144/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 206	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w W.
24	II GSK 1012/13 (wyrok)	21.08.2014	K.; Prezes UKE	wyrok WSA w Warszawie z 22.02.2013, VI SA/Wa 2470/12	stwierdzenie niedopuszczalności wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy	art. 43 ust. 1	uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
25	II GSK 1728/14 (postan.)	17.10.2014	P. Spółka z o.o. w (...); Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 3.04.2014, VI SA/Wa 1687/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie
26	II GSK 2369/14 (postan.)	4.12.2014	P. Spółka z o.o. w W.; Prezes UKE	postanowienie WSA w Warszawie z 29.05.2014, VI SA/Wa 2988/13	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania WSA w Warszawie

B. Tabela wyroków i postanowień Wojewódzkich Sądów Administracyjnych – 2014 r.

Lp.	Sygnatura (rodzaj orzeczenia)	Data wydania orzeczenia	Strony	Skarga na decyzję (postanowienie) Prezesa UKE z ...	Przedmiot zaskarżonego aktu	Przepisy PrTel	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1	VI SA/Wa 3144/13 (postan.)	9.01.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w Warszawie	(...) sierpnia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	Art. 207 ust. 1; art. 206 ust. 1	odrzucenie skargi
2	VI SA/Wa 2204/13 (wyrok)	16.01.2014	Prezes UKE; P. Sp z o.o. z siedzibą w (...)	(...) czerwca 2013 r. (postan.)	zawieszenie postępowania w sprawie rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usług telekomunikacyjnych	art. 116 ust. 1 pkt 2; art. 18a-d	oddalenie skargi
3	VI SA/Wa 2210/13 (postan.)	22.01.2014	Prezes UKE; Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w W.	(...) maja 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust 1 i 2; art. 127 ust. 2; art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1	odrzucenie skargi
4	VI SA/Wa 2206/13 (wyrok)	28.01.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(...) czerwca 2013 r. (postan.)	zawieszenie postępowania	art. 206 ust. 1	oddalenie skargi
5	VI SA/Wa 2584/13 (postan.)	31.01.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(...) lipca 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 206 ust. 1	odrzucenie skargi
6	VI SA/Wa 2209/13 (postan.)	4.02.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) czerwca 2013 r. (postan.)	wgląd do materiału dowodowego	art. 207; art. 206 ust. 1	odrzucenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
7	VI SA/ Wa 2149 (wyrok)	5.02.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) czerwca 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1; art. 40; art. 40 ust. 4	oddalenie skargi
8	VI SA/Wa 2136/13 (wyrok)	13.02.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(…) czerwca 2013 r. (postan.)	odmowa zawieszenia postępowania	art. 206 ust. 1	stwierdzenie nieważności zaskarżonego postanowienia i stwierdzenie, że nie podlega ono wykonaniu
9	VI SA/Wa 2385/13 (postan.)	17.02.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(…) czerwca 2013 r. (postan.)	odmowa zawieszenia postępowania	art. 206 ust. 1	odrzucenie skargi
10	VI SA/Wa 3422/13 (wyrok)	3.03.2014	Prezes UKE; T. S.A. (obecnie O. S.A.) z siedzibą w W.	(…) kwietnia 2011 r. (decyzja)	zatwierdzenie oferty ramowej	art. 53 ust. 5	oddalenie skargi
11	VI SA/Wa 1439/13	4.03.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) marca 2013 r. (postan.)	dopuszczenie na prawach strony do udziały w postępowaniu	art. 39, art. 40, art. 192 ust. 1, art. 190	oddalenie skargi
12	VI SA/Wa 3269/13 (wyrok)	5.03.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	dopuszczenie do udziału w procedurze	art. 190 ust. 3	uchylenie zaskarżonego postanowienia i stwierdzenie, że nie podlega ono wykonaniu
13	VI SA/Wa 3102/13 (wyrok)	12.03.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w (…)	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do akt sprawy	art. 207 ust. 1; art. 206 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2; art. 192 ust. 1	oddalenie skargi
14	VI SA/Wa 2958/13 (wyrok)	19.03.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) sierpnia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 50 ust. 1; art. 9 ust. 1; art. 40 ust. 1	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
15	VI SA/Wa (postan.)	3.04.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2	odrzucenie skargi
16	VI SA/Wa 2987/13 (wyrok)	14.04.2014	Prezes UKE; I. K.	(…) września 2013 r. (postan.)	stwierdzenie niedopuszczalności wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy	art. 188; art. 206 ust. 1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i stwierdzenie, że nie podlega ono wykonaniu
17	VI SA/Wa 3128/13 (wyrok)	15.04.2014	Prezes UKE; K.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 206 ust. 1; art. 192 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2	oddalenie skargi
18	VI SA/Wa 3104/13 (wyrok)	15.04.2014	Prezes UKE; K.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 206 ust. 1; art. 192 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2	oddalenie skargi
19	VI SA/Wa 3006/13 (wyrok)	15.04.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) sierpnia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 206 ust. 1; art. 192 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2	oddalenie skargi
20	VI SA/Wa 2624/13 (wyrok)	5.05.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) lipca 2013 r. (decyzja)	zobowiązanie do przygotowania zmiany oferty ramowej	art. 206 ust. 1; art. 40 ust. 1; art. 41 ust. 1; art. 24 pkt 2 lit. a; art. 43 ust. 2	oddalenie skargi
21	VI SA/Wa 3156/13 (wyrok)	13.05.2014	Prezes UKE; N. S.A. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	zakończenie negocjacji w sprawie tranzytu w sieci telekomunikacyjnej	art. 27 ust. 1; art. 30 ust. 1; art. 206 ust. 1	oddalenie skargi
22	VI SA/Wa 892/14 (wyrok)	16.05.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) marca 2013 r. (postan.)	ograniczenie wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1; art. 9 ust 1 i 2	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
23	VI SA/Wa 3375/13 (wyrok)	20.05.2014	Prezes UKE; C. S.A. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (decyzja)	interpretacja przepisów prawa	art. 206 ust. 1; art. 285	oddalenie skargi
24	VI SA/Wa 164/14 (wyrok)	28.05.2014	Prezes UKE; O. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	udzielenie interpretacji odnośnie obowiązku wnoszenia opłat za prawo dysponowania częstotliwością	art. 185 ust. 1 i 3; art. 145 ust. 1 pkt 3; art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b	oddalenie skargi
25	VI SA/Wa 2988/13 (postan.)	29.05.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(…) sierpnia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 2; art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1	odrzucenie skargi
26	VI SA/Wa 3252/13 (wyrok)	30.05.2014	Prezes UKE; T. S.A. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (decyzja)	udzielenie interpretacji	art. 185	oddalenie skargi
27	VI SA/Wa 1097/14 (wyrok)	10.06.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) czerwca 2012 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9 ust. 1 i 2; art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1	oddalenie skargi
28	VI SA/Wa 2989/13 (wyrok)	18.06.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207 ust.1	uchylenie zaskarżonego postanowienia i stwierdzenie, że nie podlega ono wykonaniu
29	VI SA/Wa 2413/13 (wyrok)	26.06.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) stycznia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207 ust.1	oddalenie skargi
30	VI SA/Wa 643/14 (wyrok)	27.06.2014	Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych; A.P.	(…) grudnia 2011 r. (decyzja)	odmowa udostępnienia danych osobowych	art. 159 ust. 4; art. 159 ust. 2 pkt 4	uchylenie zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że nie podlega ona wykonaniu

1	2	3	4	5	6	7	8
31	VI SA/Wa 1545/14 (wyrok)	17.07.2014	Prezes UKE; T. S.A. z siedzibą w W. (obecnie O. S.A. z siedzibą w W.)	(…) września 2011 r. (decyzja)	dopłata do kosztów świadczonych usług wchodzących w skład usługi powszechnej	art. 10; art. 81 ust. 3; art. 85 ust. 1; art. 84 ust. 4; art. 92; art. 96 ust 4	uchylenie zaskarżonej decyzji w części oraz stwierdzenie, że nie podlega ona wykonaniu w uchylonej części
32	VI SA/Wa 720/14 (postan.)	23.07.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) grudnia 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207; art. 206 ust. 1; art. 9 ust. 1 i 2	odrzucenie skargi
33	VI SA/Wa 184/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) listopada 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 9; art. 206	oddalenie skargi
34	VI SA/Wa 208/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; R. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	interpretacja przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia daniny publicznej zgodnie z art. 185 PrTel	art. 145 ust. 1 pkt 3; art. 146 ust. 1 pkt 2 l it b; art. 185 ust. 1 i 3	oddalenie skargi
35	VI SA/Wa 188/14 (wyrok)	29.07.2014	Prezes UKE; M. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 203 r. (decyzja)	pisemna interpretacja co do zakresu i sposobu zastosowania przepisu art. 185 PrTel	art. 206 ust. 1; art. 114; art. 185 ust. 1 i 3; art. 115 ust. 2; art. 143 ust. 1 i 4	oddalenie skargi
36	VI SA/Wa 3268/13 (wyrok)	8.08.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art.. 206 ust. 1	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
37	VI SA/Wa 997/14 (wyrok)	5.09.2014	Prezes UKE; E. Sp. z o.o. z siedzibą w (…)	(…) listopada 2011 r. (decyzja)	zmiana i zatwierdzenie umowy ramowej	art. 43 ust. 1, art. 189 ust. 2 pkt 1	uchylenie zaskarżonej decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (…) kwietnia 2011 r. i stwierdzenie, że uchylone decyzje nie podlegają wykonaniu
33	VI SA/Wa 184/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) listopada 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 9; art. 206	oddalenie skargi
34	VI SA/Wa 208/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; R. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	interpretacja przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia daniny publicznej zgodnie z art. 185 PrTel	art. 145 ust. 1 pkt 3; art. 146 ust. 1 pkt 2 lit b; art. 185 ust. 1 i 3	oddalenie skargi
35	VI SA/Wa 188/14 (wyrok)	29.07.2014	Prezes UKE; M. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 203 r. (decyzja)	pisemna interpretacja co do zakresu i sposobu zastosowania przepisu art. 185 PrTel	art. 206 ust. 1; art. 114; art. 185 ust. 1 i 3; art. 115 ust. 2; art. 143 ust. 1 i 4	oddalenie skargi
36	VI SA/Wa 3268/13 (wyrok)	8.08.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art.. 206 ust. 1	oddalenie skargi
37	VI SA/Wa 997/14 (wyrok)	5.09.2014	Prezes UKE; E. Sp. z o.o. z siedzibą w (…)	(…) listopada 2011 r. (decyzja)	zmiana i zatwierdzenie umowy ramowej	art. 43 ust. 1, art. 189 ust. 2 pkt 1	uchylenie zaskarżonej decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (…) kwietnia 2011 r. i stwierdzenie, że uchylone decyzje nie podlegają wykonaniu

1	2	3	4	5	6	7	8
33	VI SA/Wa 184/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) listopada 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 9; art. 206	oddalenie skargi
34	VI SA/Wa 208/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; R. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	interpretacja przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia daniny publicznej zgodnie z art. 185 PrTel	art. 145 ust. 1 pkt 3; art. 146 ust. 1 pkt 2 lit b; art. 185 ust. 1 i 3	oddalenie skargi
35	VI SA/Wa 188/14 (wyrok)	29.07.2014	Prezes UKE; M. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 203 r. (decyzja)	pisemna interpretacja co do zakresu i sposobu zastosowania przepisu art. 185 PrTel	art. 206 ust. 1; art. 114; art. 185 ust. 1 i 3; art. 115 ust. 2; art. 143 ust. 1 i 4	oddalenie skargi
36	VI SA/Wa 3268/13 (wyrok)	8.08.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art.. 206 ust. 1	oddalenie skargi
37	VI SA/Wa 997/14 (wyrok)	5.09.2014	Prezes UKE; E. Sp. z o.o. z siedzibą w (…)	(…) listopada 2011 r. (decyzja)	zmiana i zatwierdzenie umowy ramowej	art. 43 ust. 1, art. 189 ust. 2 pkt 1	uchylenie zaskarżonej decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (…) kwietnia 2011 r. i stwierdzenie, że uchylone decyzje nie podlegają wykonaniu
33	VI SA/Wa 184/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) listopada 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1; art. 9; art. 206	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
34	VI SA/Wa 208/14 (wyrok)	24.07.2014	Prezes UKE; R. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	interpretacja przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia daniny publicznej zgodnie z art. 185 PrTel	art. 145 ust. 1 pkt 3; art. 146 ust. 1 pkt 2 lit b; art. 185 ust. 1 i 3	oddalenie skargi
35	VI SA/Wa 188/14 (wyrok)	29.07.2014	Prezes UKE; M. Sp. z o.o. z siedzibą w K.	(…) listopada 203 r. (decyzja)	pisemna interpretacja co do zakresu i sposobu zastosowania przepisu art. 185 PrTel	art. 206 ust. 1; art. 114; art. 185 ust. 1 i 3; art. 115 ust. 2; art. 143 ust. 1 i 4	oddalenie skargi
36	VI SA/Wa 3268/13 (wyrok)	8.08.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art.. 206 ust. 1	oddalenie skargi
37	VI SA/Wa 997/14 (wyrok)	5.09.2014	Prezes UKE; E. Sp. z o.o. z siedzibą w (…)	(…) listopada 2011 r. (decyzja)	zmiana i zatwierdzenie umowy ramowej	art. 43 ust. 1, art. 189 ust. 2 pkt 1	uchylenie zaskarżonej decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji Prezesa UKE z (…) kwietnia 2011 r. i stwierdzenie, że uchylone decyzje nie podlegają wykonaniu
38	VI SA/Wa 3089/13 (wyrok)	8.09.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 9; art. 192 ust. 1; art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1	oddalenie skargi
39	VI SA/Wa 893/14 (wyrok)	10.09.2014	Prezes UKE; „V.” Sp. z o.o. z siedzibą w (…)	(…) grudnia 2013 r. (postan.)	zwrot podania w sprawie ustalenia zasad dostępu do budynku w celu zapewnienia telekomunikacji	art. 28 ust. 5; art. 192 ust. 1	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
40	VI SA/Wa 195/14 (postan.)	15.09.2014	Prezes UKE; K.	(…) listopada 2013 r. (decyzja)	zatwierdzenie instrukcji w zakresie prowadzenia rachunkowości regulacyjnej za 2012 r. i opisu kalkulacji kosztów usług za 2014 r.	art. 53 ust. 2−3	odrzucenie skargi
41	VI SA/Wa 3199/13 (wyrok)	17.09.2014	Prezes UKE; T S.A. (obecnie O. S.A. z siedzibą w W.), K.	(…) września 2013 r. (decyzja)	dopłata do kosztów świadczenia usługi powszechnej	art. 95 ust. 1; art. 96 ust. 4; art. 199 ust. 1; art. 201 ust. 1 i 3; art. 209 ust. 1 pkt 7 i 8	uchylenie zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że nie podlega ona wykonaniu
42	VI SA/Wa 1410/14 (wyrok)	22.09.2014	Prezes UKE; K. w (…)	(…) lutego 2014 r. (postan.)	dopuszczenie do udziału w postępowaniu	art. 190 ust. 3	uchylenie zaskarżonego postanowienia i stwierdzenie, że nie podlega ono wykonaniu
43	VI SA/Wa 3647/13 (wyrok)	24.09.2014	Prezes UKE; A. S.A. z siedzibą w B.	(…) października 2013 r. (decyzja)	pisemna interpretacja co do zakresu i sposobu stosowania przepisów	art. 185 ust. 1; art. 186	oddalenie skargi
44	VI SA/Wa 362/14 (wyrok)	13.10.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) listopada 2013 r. (postan.)	ograniczenie w części prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207	oddalenie skargi
45	VI SA/Wa 413/14 (wyrok)	20.10.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(…) sierpnia 2012 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1 i 2	oddalenie skargi
46	VI SA/Wa 412/14 (wyrok)	20.10.2014	Prezes UKE; P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.	(…) sierpnia 2012 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1; art. 207 ust. 1 i 2	oddalenie skargi

1	2	3	4	5	6	7	8
47	VI SA/ Wa 12/14 (wyrok)	14.11.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) października 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 206 ust. 1	oddalenie skargi
48	VI SA/Wa 988/14 (wyrok)	14.11.2014	Prezes UKE; K. z siedzibą w W.	(…) stycznia 2014 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1	oddalenie skargi
49	VI SA/Wa 1212/14 (wyrok)	19.11.2014	Prezes UKE; K z siedzibą w W.	(…) lutego 2014 r. (postan.)	odmowa dopuszczenia do udziału w procedurze przeprowadzenia testu PS	art. 206 ust. 1; art. 39; art. 40; art. 192 ust. 1	oddalenie skargi
50	VI SA/Wa 3127/13 (wyrok)	20.11.2014	Prezes UKE; K.	(…) września 2013 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 192 ust. 1; art. 207 ust. 1; art. 9 ust. 2	oddalenie skargi
51	VI SA/Wa 1429/14 (wyrok)	25.11.2014	Prezes UKE; K.	(…) lutego 2014 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust. 1 w zw. z art. 206 ust. 1	oddalenie skargi
52	VI SA/Wa 1723/14 (wyrok)	26.11.2014	Prezes UKE; K. w W.	(…) marca 2014 r. (postan.)	ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego	art. 207 ust 1; art. 206 ust. 1	oddalenie skargi

Dr Andrzej Nałęcz
Wydział Zarządzania UW

Wniesienie pisma za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej.

Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 24 lutego 2015 r. IV SAB/Wr 17/15

Urzędowe poświadczenie przedłożenia nie stanowi dowodu wysłania pisma do podmiotu publicznego za pośrednictwem ePUAP.

I.

Coraz większa liczba orzeczeń sądów administracyjnych dotyczy kontroli działalności administracji publicznej związanej ze stosowaniem przepisów powiązanych z informatyzacją, w szczególności takich przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[1] (dalej: k.p.a. lub kodeks postępowania administracyjnego). Praktyka pokazuje, że nawet szeroko odformalizowane przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[2] (dalej: udip lub ustawa o dostępie do informacji publicznej) dotyczące elektronicznych form komunikowania mogą wiązać się z licznymi problemami. Wielokrotnie orzecznictwo rozstrzygało spory na tle wniosków o udostępnienie informacji publicznej składanych z wykorzystaniem poczty elektronicznej. Coraz więcej pojawia się także orzeczeń związanych z wykorzystaniem elektronicznej skrzynki podawczej oraz elektronicznej platformy usług administracji publicznej (dalej: ePUAP). W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 24 lutego 2015 r., sygn. akt IV SAB/Wr 17/15, przedmiotem rozpoznania była właśnie kwestia związana ze złożeniem wniosku o udostępnienie informacji publicznej za pośrednictwem systemu teleinformatycznego ePUAP.

Informacją publiczną zgodnie z art. 1 ust. 1 udip jest każda informacja o sprawach publicznych. Orzecznictwo doprecyzowuje to pojęcie, przyjmując, że informację publiczną stanowi „każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa”[3]. W szczególności zauważa się, że informacją publiczną jest treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej, treść wystąpień, opinii i ocen przez nie dokonywanych, niezależnie do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą[4]. Sama treść wniosku wniesionego w analizowanym orzeczeniu ma znaczenie drugorzędne, wobec czego nie będzie przedmiotem rozważań.

Analiza przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej pozwala na wyodrębnienie pięciu sposobów udostępniania informacji publicznej. Głównym sposobem jest ogłaszanie informacji

[1] Dz.U. 1960 Nr 30, poz. 168 ze zm.

[2] Dz.U. 2001 Nr 112, poz. 1198 ze zm.

[3] Wyr. NSA z 25.03.2003 r., II SA 4059/02.

[4] Wyr. WSA w Warszawie z 16.11.2007 r., II SAB/Wa 68/07.

publicznej w „Biuletynie Informacji Publicznej" oraz udostępnienie jej w centralnym repozytorium. Jeżeli informacja publiczna nie zostanie udostępniona w jeden z dwóch powyższych sposobów, jest udostępniana na wniosek. Innym niezależnym sposobem jest zapewnienie wstępu na posiedzenia organów władzy publicznej pochodzących z wyborów powszechnych i udostępnianie materiałów, w tym audiowizualnych i teleinformatycznych, dokumentujących te posiedzenia. Ponadto, istnieje możliwość udostępniania informacji publicznej w drodze wyłożenia lub wywieszenia informacji publicznej w miejscach ogólnie dostępnych lub przez zainstalowane w tych miejscach urządzeń umożliwiających zapoznanie się z tą informacją. W dalszej części poruszane będą zagadnienia związane wyłącznie z wnioskowym sposobem udostępnienia informacji publicznej.

Tytułem wstępu należy także zauważyć, że do przedkładania wniosków o udostępnienie informacji publicznej co do zasady nie stosuje się przepisów kodeksu postępowania administracyjnego[5]. Wyjątkowo znajdują one zastosowanie, gdy ustawa o dostępie do informacji publicznej wyraźnie na to wskazuje[6]. Tak dzieje się w przypadku art. 16 udip, który stanowi, że przepisy kodeksu postępowania administracyjnego stosuje się do decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej oraz umorzenia postępowania o udostępnienie informacji publicznej.

Przed przystąpieniem do oceny glosowanego orzeczenia należy zaprezentować stan faktyczny. Wnioskodawca M.S. w dniu 19 października 2014 r. wystąpił do Wójta Gminy P. z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej złożonym za pośrednictwem elektronicznej platformy usług administracji publicznej. Wnioskodawca domagał się udostępnienia informacji dotyczących: 1) liczby osób zatrudnionych w Urzędzie Gminy P. na dzień 21 listopada 2010 r. i na dzień złożenia wniosku wraz z podaniem imion i nazwisk osób zajmujących kierownicze stanowiska, ich wykształcenia (kierunku ukończonych studiów) i daty zatrudnienia na stanowisku; 2) wysokości nagród i premii wypłaconych poszczególnym pracownikom od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia złożenia wniosku; 3) listy podróży zagranicznych wójta i innych pracowników od dnia 21 listopada 2010 r. do dnia złożenia wniosku, z podaniem miejsca, czasu trwania, celu i kosztów podróży; 4) wykazu postępowań sądowych, w których uczestniczyła Gmina, zakończonych w okresie od 21 listopada 2010 r. do dnia złożenia wniosku, ze wskazaniem rozstrzygnięcia (alternatywnie skany prawomocnych wyroków i postanowień); 5) liczby skarg złożonych na działalność wójta w okresie od 21 listopada 2010 r. do dnia złożenia wniosku, z podaniem rezultatu rozpatrzenia tych skarg.

Wójt Gminy P. nie udostępnił wnioskowanych informacji ani też nie wydał decyzji odmawiającej udostępnienia informacji publicznej, w związku z czym wnioskodawca wniósł skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu na bezczynność Wójta Gminy P. w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej, zarzucając naruszenie art. 13 oraz art. 16 ust. 1 udip. Do skargi załączono urzędowe poświadczenie przedłożenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej złożonego za pośrednictwem ePUAP.

W odpowiedzi na skargę, Wójt Gminy P. wskazał, iż na koncie Urzędu Gminy P. w portalu ePUAP brakuje wniosku o udostępnienie informacji publicznej złożonego przez M.S. Ani pracownik Urzędu Gminy, ani firma zapewniająca obsługę informatyczną Urzędu Gminy P. nie odnalazły przedmiotowego wniosku w skrzynce odbiorczej Urzędu Gminy P. na platformie ePUAP,

[5] M. Kamiński, *Gdy pismo przyszło po godzinach urzędowania*, „IT w administracji" 2013, nr 2(63), s. 40.

[6] Wyr. NSA z 24.05.2006 r., I OSK 601/05; Wyr. WSA w Warszawie z 1.04.2009 r., II SAB/Wa 4/09.

urzędowego poświadczenia odbioru oraz urzędowego poświadczenia przedłożenia w podsystemie komunikacyjnym umożliwiającym znalezienie dokumentów.

Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu skarga nie zasługiwała na uwzględnienie. W uzasadnieniu wskazano, iż pomimo dołożenia należytej staranności w celu odnalezienia wniosku o udostępnienie informacji publicznej, tenże nie wpłynął do Urzędu Gminy P. WSA stwierdził, że „przedłożone przez skarżącego urzędowe poświadczenie przedłożenia dokumentu nie dowodzi, że faktycznie wpłynął wniosek skarżącego do skrzynki odbiorczej Urzędu Gminy".

II.

Punktem wyjścia dla oceny prawidłowości orzeczenia WSA powinno być odwzorowanie procedury uzyskania informacji publicznej na skutek złożenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej w formie pisemnej.

Ustawa o dostępie do informacji publicznej w sposób ogólny odnosi się do postępowania w sprawie udostępnienia informacji publicznej. Ustawodawca nie określił szczegółowych wymagań formalnych wniosku o udostępnienie informacji publicznej. Przepis art. 10 udip stanowi jedynie, że informacja publiczna jest udostępniana na wniosek (ust. 1), a jeżeli może być udostępniona niezwłocznie, jest udostępniana w formie ustnej lub pisemnej bez pisemnego wniosku (ust. 2). W orzecznictwie wskazuje się, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej może przybrać każdą formę, o ile wynika z niego w sposób jasny, co jest przedmiotem wniosku[7].

Pomimo że w postępowaniu o udostępnienie informacji publicznej co do zasady nie znajdują zastosowania przepisy k.p.a., celowe jest rozważenie możliwości uzyskania potwierdzenia złożenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej. Zgodnie z treścią art. 63 § 4 zd. 1 k.p.a. organ administracji publicznej jest obowiązany potwierdzić wniesienie podania (żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia), jeżeli wnoszący tego zażąda. Pomimo braku obowiązku potwierdzenia przez organ administracji publicznej złożenia wniosku o udzielenie informacji publicznej w przepisach udip, wydaje się, że istnieje taka możliwość. Decyzja uzależniona jest od dobrej woli władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne.

Potwierdzenie może przybrać rozmaite formy. Może to być zarówno umieszczenie właściwej prezentaty na kopii osobiście wnoszonego pisma, podpis na dokumencie pocztowym lub kurierskim potwierdzający odbiór pisma, jak również złożenie odrębnego pisma przez uprawnionego pracownika organu[8]. Wydaje się, że potwierdzenie złożenia pisma może przybrać dowolną formę, gdyż przepisy k.p.a., a tym bardziej przepisy udip w żaden sposób nie ograniczają sposobów dokonania potwierdzenia. Istotne jest, aby potwierdzenie zawierało wskazanie organu administracji publicznej, do którego pismo wpłynęło, nazwisko osoby przyjmującej oraz datę wniesienia[9].

Udostępnianie informacji publicznej następuje w sposób i w formie zgodnych z wnioskiem, chyba że środki techniczne, którymi dysponuje podmiot obowiązany do udostępnienia, nie umożliwiają udostępnienia informacji zgodnie z wnioskiem. Jeżeli informacja publiczna nie może być udostępniona w sposób lub w formie określonych we wniosku, wnioskodawca powiadamiany jest pisemnie o przyczynach braku możliwości udostępnienia informacji zgodnie z wnioskiem i wskazuje

[7] Wyr. NSA z 30.11.2012 r., I OSK 1991/12.

[8] R. Stankiewicz [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013 r., s. 383–384.

[9] Ibidem, s. 384.

mu się, w jaki sposób lub w jakiej formie informacja może być udostępniona niezwłocznie[10]. Sposób udostępnienia oznacza tryb, a forma udostępnienia oznacza postać w jakiej udzielana jest informacja[11]. W praktyce, udzielenie informacji publicznej może nastąpić w każdej formie, w tym także w formie ustnej[12]. Czynność udzielenia informacji ma bowiem charakter czynności materialno-technicznej[13].

III.

Podkreśla się, że w relacjach informacyjnych urząd – obywatel należy przyjąć zasadę maksymalnego uproszczenia i odformalizowania elektronicznego dostępu do informacji[14]. Z tej też przyczyny wniosek o udostępnienie informacji publicznej może być złożony także w formie elektronicznej. Przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej nie przewidują przeciwskazań. Istotne jest jednakże, że komunikacja elektroniczna uwarunkowana jest przepisami szczególnymi. W pełni stosuje się przepisy ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne[15] (dalej: uidprzp lub ustawa o informatyzacji) oraz akty wykonawcze.

Ustawa o dostępie do informacji publicznej w żaden sposób nie odnosi się do regulacji dotyczących komunikacji elektronicznej. Z tego względu wnioskodawcy pozostawiona jest duża swoboda wyboru środka komunikacji elektronicznej, o ile organ administracji publicznej posiada odpowiednie możliwości techniczne do przyjęcia i rozpoznania wniosku.

Z całą pewnością możliwe jest złożenie wniosku o udostępnienie informacji publicznej bezpośrednio na adres elektroniczny poczty elektronicznej organu administracji publicznej. W takim przypadku procedura wygląda podobnie, jak w przypadku formy pisemnej. W wyroku WSA w Krakowie z dnia 6 maja 2014 r. stwierdzono wręcz, że za wniosek pisemny uznać należy przesłanie zapytania pocztą elektroniczną nawet, gdy do jego autoryzacji nie został użyty podpis elektroniczny. W uzasadnieniu Sąd zauważył, że brak jest konieczności pełnego zidentyfikowania wnioskodawcy, który żądając informacji publicznej, nie musi wykazać się jakimkolwiek interesem prawnym lub faktycznym. Postępowanie w sprawie udzielenia informacji publicznej jest odformalizowane i uproszczone, a informacja publiczna, może być niezwłocznie udostępniona w formie ustnej lub pisemnej bez pisemnego wniosku[16].

Zgodnie z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych[17] (dalej: rozporządzenie o doręczaniu dokumentów elektronicznych) wydanego na podstawie art. 16 ust. 3 uidprzp, pisma skierowane na adres poczty elektronicznej podmiotu publicznego (m.in. organu administracji publicznej) traktuje się jako przesyłki złożone w trybie niewymagającym potwierdzenia wniesienia podania, w szczególności takiego,

[10] Wyr. WSA w Krakowie z 5.06..2013 r., II SAB/Kr 41/13.

[11] P. Szustakiewicz [w:] M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz (red.), *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 164.

[12] Wyr. WSA w Warszawie z 6.09.2007 r., II SAB/Wa 205/06.

[13] P. Szustakiewicz [w:] M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz (red.), *Ustawa o dostępie*…, s. 134.

[14] G. Sibiga, *Podstawy prawne komunikacji elektronicznej w relacjach obywatel – organ administracji publicznej (od informacji do transakcji)*, [w:] K. Grajewski, J. Warylewski (red.), *Informacja prawna a prawa obywatela. Konferencja z okazji XXXV-lecia informatyki prawniczej w Polsce i XV-lecia Systemu Informacji Prawnej LEX*, Gdańsk, 19–20 czerwca 2006, s. 103.

[15] Dz.U. Nr 64, poz. 565 ze zm.

[16] Wyr. WSA w Krakowie z 6.05.2014 r., II SAB/Kr 80/14.

[17] Dz.U. Nr 206, poz. 1216 ze zm.

o którym mowa w art. 63 § 4 k.p.a. Podobnie jak w przypadku formy pisemnej, tak w przypadku złożenia wniosku na adres elektroniczny poczty elektronicznej, organ administracji publicznej może, ale nie ma obowiązku potwierdzenia otrzymania wniosku o udostępnienie informacji publicznej.

Potwierdzeniem może być zwrotna wiadomość elektroniczna. Możliwe jest także dokonanie potwierdzenia podania przesłanego pocztą elektroniczną przy użyciu tradycyjnych dokumentów papierowych[18].

W związku z tym, że udostępnienie informacji następuje w sposób i w formie zgodnych z wnioskiem, nic nie stoi na przeszkodzie, aby informacja publiczna udostępniona została również za pomocą poczty elektronicznej.

W analizowanym orzeczeniu, wnioskodawca złożył pismo nazwane wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej umieszczonej na elektronicznej platformie usług administracji publicznej (ePUAP). W tym przypadku procedura kształtuje się odmiennie, jednakże z korzyścią dla składającego wniosek.

W pierwszej kolejności należy przytoczyć definicję elektronicznej skrzynki podawczej. Zgodnie z art. 3 pkt 17 uidprzp jest to dostępny publicznie środek komunikacji elektronicznej służący do przekazywania dokumentu elektronicznego do podmiotu publicznego przy wykorzystaniu powszechnie dostępnego systemu teleinformatycznego. Elektroniczna skrzynka podawcza stanowi odpowiednik tradycyjnego biura podawczego. Udostępnienie elektronicznej skrzynki podawczej może nastąpić za pomocą ePUAP lub innych rozwiązań komercyjnych. Reguły tworzenia elektronicznej skrzynki podawczej określa przywołane powyżej rozporządzenie o doręczaniu dokumentów elektronicznych.

Elektroniczna platforma usług administracji publicznej, wedle art. 3 pkt 13 uidprzp, jest to system teleinformatyczny, w którym instytucje publiczne udostępniają usługi przez pojedynczy punkt dostępowy w sieci Internet. Wniesienie pisma za pomocą ePUAP uważa się za dokonane do podmiotu publicznego, który utworzył na ePUAP elektroniczną skrzynkę podawczą. Za pomocą ePUAP możliwe jest przekazywanie doręczanych podmiotowi publicznemu dokumentów elektronicznych do jego systemu teleinformatycznego. Zasady funkcjonowania elektronicznej platformy usług administracji publicznej określa ustawa o informatyzacji, natomiast zakres i warunki korzystania z ePUAP określa rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 6 maja 2014 r. w sprawie zakresu i warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej[19] (dalej: rozporządzenie o ePUAP).

Wniosek o udostępnienie informacji publicznej wnoszony za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej ma określoną przez przepisy strukturę. Sporządza się go w formacie danych XML na podstawie ogólnego wzoru elektronicznego umieszczonego w centralnym repozytorium. Taki wzór zawiera wyodrębnione elementy struktury w postaci: rodzaju pisma (np. „wniosek"), tytułu odnoszącego się do treści pisma (np. „udostępnienie informacji publicznej"), danych o odbiorcy oraz twórcy pisma. Po podpisaniu wniosku i wniesieniu do podmiotu publicznego, możliwe jest jego zwizualizowanie do przeczytania. Wizualizacja zawiera dane w układzie niepozostawiającym wątpliwości co do treści i kontekstu zapisanych informacji, w sposób zgodny z ogólnym wzorem elektronicznym. Możliwy jest dokładny podgląd złożonego pisma, z uwzględnieniem zawartej treści.

[18] M. Darmosz, *Podania wnoszone drogą elektroniczną w postępowaniu administracyjnym*, [w:] J. Filipek. (red.), *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej, Bielsko-Biała 2003, s. 150.

[19] Dz.U. 2014, poz. 584.

Podmiot publiczny umożliwia nieodpłatnie weryfikację zgodności pisma wnoszonego do tego podmiotu ze wzorem dokumentu elektronicznego oraz weryfikację podpisu wnioskodawcy, a także weryfikację autentyczności urzędowych poświadczeń odbioru i prezentację czasu ich podpisania.

Elektroniczna platforma usług administracji publicznej jako system teleinformatyczny charakteryzuje się tym, że pewne procesy są zautomatyzowane i narzucone przez tworzące definicję systemu teleinformatycznego, urządzenia informatyczne i oprogramowanie zapewniające przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego. Poczynione zastrzeżenie ma to istotne znaczenie, że wnoszący pismo za pośrednictwem ePUAP zawsze otrzymuje potwierdzenie jego wniesienia[20]. Zgodnie z § 13 ust. 1 rozporządzenia o doręczaniu dokumentów elektronicznych „w przypadku odebrania dokumentu elektronicznego przez elektroniczną skrzynkę podawczą podmiotu publicznego poświadczenie przedłożenia jest automatycznie tworzone i udostępniane nadawcy tego dokumentu przez system teleinformatyczny służący do obsługi doręczeń". Udostępnienie następuje przez przekazanie poświadczenia przedłożenia do tzw. skrytki w ramach systemu teleinformatycznego (ePUAP) lub w przypadku, gdy nie jest możliwe udostępnienie automatycznie wytworzonego poświadczenia przedłożenia, wysłanie na adres elektroniczny wskazany przez wnoszącego.

Jeżeli chodzi o definicję urzędowego poświadczenia przedłożenia[21], to rozporządzenie o doręczaniu dokumentów elektronicznych stanowi, iż są to dane elektroniczne powiązane z dokumentem elektronicznym doręczonym podmiotowi publicznemu w sposób zapewniający rozpoznawalność późniejszych zmian dokonanych w tych danych. Na marginesie należy zaznaczyć, że obok poświadczenia przedłożenia, które stanowi potwierdzenie dla nadawcy, iż dokument elektroniczny został odebrany przez podmiot publiczny, występuje poświadczenie doręczenia, które stanowi potwierdzenie dla podmiotu publicznego, iż dokument elektroniczny został odebrany przez adresata. Oba wymienione poświadczenia są rodzajami urzędowego poświadczenia odbioru[22]. Podział dokonany jest z uwagi na stronę otrzymującą takie poświadczenie. Zgodnie z art. 3 pkt 20 uidprzp urzędowe poświadczenie odbioru oznacza dane elektroniczne powiązane z dokumentem elektronicznym doręczonym podmiotowi publicznemu lub przez niego doręczanym w sposób zapewniający rozpoznawalność późniejszych zmian dokonanych w tych danych. Dane te określają: a) pełną nazwę podmiotu publicznego, któremu doręczono dokument elektroniczny lub który doręcza dokument; b) datę i godzinę wprowadzenia albo przeniesienia dokumentu elektronicznego do systemu teleinformatycznego podmiotu publicznego – w odniesieniu do dokumentu doręczanego podmiotowi publicznemu; c) datę i godzinę podpisania urzędowego poświadczenia odbioru przez adresata z użyciem mechanizmów, o których mowa w art. 20a ust. 1 albo 2 uidprzp – w odniesieniu do dokumentu doręczanego przez podmiot publiczny oraz d) datę i godzinę wytworzenia urzędowego poświadczenia odbioru.

[20] Na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby miały zastosowanie przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, to zgodnie z art. 63 § 4 k.p.a., w przypadku wniesienia podania w formie dokumentu elektronicznego organ administracji publicznej jest obowiązany potwierdzić wniesienie podania przez doręczenie urzędowego poświadczenia odbioru na wskazany przez wnoszącego adres elektroniczny.

[21] Rozporządzenie o doręczaniu dokumentów elektronicznych posługuje się pojęciem „poświadczenie przedłożenia", natomiast system teleinformatyczny ePUAP stosuje nazwę „Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia".

[22] I. Adamska, *Elektroniczna skrzynka podawcza w postępowaniu administracyjnym*, „IT w administracji" 2012, nr 12(61), s. 18.

Istotne znaczenie ma fakt, iż poświadczenie przedłożenia organ administracji publicznej przechowuje przez co najmniej taki okres, przez jaki jest obowiązany przechowywać pisma, których dotyczy to poświadczenie.

Ostatnim etapem składającym się na uzyskanie sporządzonej i umieszczonej w systemie teleinformatycznym informacji publicznej jest udostępnienie przez system teleinformatyczny poświadczenia doręczenia w celu podpisania przez wnioskodawcę. Dopiero opatrzenie poświadczenia doręczenia podpisem elektronicznym pozwala na udostępnienie do pobrania doręczanego dokumentu elektronicznego wraz z podpisanym poświadczeniem doręczenia. Podpisane poświadczenie doręczenia udostępniane jest również organowi doręczającemu.

IV.

W świetle powyższych uwag wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 24 lutego 2015 r. należy ocenić krytycznie.

Analizując wskazane orzeczenie, należy zaznaczyć, że opisywany stan faktyczny zaistniał w oderwaniu od standardowej procedury działania systemu teleinformatycznego (ePUAP). Normalnym następstwem wniesienia pisma za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej na ePUAP jest otrzymanie urzędowego poświadczenia przedłożenia przez nadawcę oraz wprowadzenie tegoż pisma do systemu teleinformatycznego adresata. Wniosek o udostępnienie informacji publicznej złożony przez M.S. nie został odnaleziony w skrzynce odbiorczej Urzędu Gminy P. na platformie ePUAP.

W glosowanym orzeczeniu wnioskodawca po złożeniu pisma określanego jako wniosek o udostępnienie informacji publicznej, otrzymał urzędowe poświadczenie przedłożenia. Należy założyć, że pismo wpłynęło do organu administracji publicznej, ponieważ nie ma możliwości, aby urzędowe poświadczenie przedłożenia zostało utworzone bez skutecznie złożonego pisma. Przeszkody nie stanowi brak w ustawie o dostępie do informacji publicznej stosownych przepisów obligujących do wydania potwierdzenia wniesionych wniosków.

Składający wniosek, na poparcie prezentowanego stanowiska, przedstawił dowód z dokumentu w postaci urzędowego poświadczenia przedłożenia. Analogicznie jak w przypadku tradycyjnego potwierdzenia odbioru[23] oraz pocztowego dowodu doręczenia przesyłki[24] należy uznać, że urzędowe poświadczenie odbioru, w tym urzędowe poświadczenie przedłożenia powinno być traktowane, jak dokument urzędowy. Oznacza to, że stanowi ono dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Zatem, w niniejszym stanie faktycznym urzędowe poświadczenie przedłożenia potwierdzało, że pismo użytkownika zarejestrowanego jako M.S. (nadawca) zawierające identyfikator dokumentu, którego dotyczyło poświadczenie, umożliwiające powiązanie ze złożonym pismem, wysłane i doręczone zostało do Wójta Gminy P. (adresat) w konkretnie wskazanym terminie. Urzędowe poświadczenie przedłożenia jest adekwatne do wysłania listu poleconego ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru[25] i podobnie jak prezentata na kopii pisma czy podpis na dokumencie pocztowym lub kurierskim potwierdzający odbiór pisma, nie zawiera informacji dotyczących treści złożonego pisma. Dla kwestii postępowania dowodowego istotna jest także treść

[23] Wyr. NSA z 3.03.2011, II OSK 389/10.

[24] Wyr. NSA z 20.01.1999, III SA 1594/98.

[25] K. Ścibor, *Komunikacja elektroniczna w postępowaniu administracyjnym,* [w:] T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek (red.), *E-administracja. Szanse i zagrożenia*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 319.

§ 7 ust. 1 rozporządzenia o ePUAP, wedle którego, rozwiązania techniczne ePUAP zapewniają niezaprzeczalność wystawionego urzędowego poświadczenia odbioru, tj. brak możliwości zanegowania uczestnictwa w całości lub części wymiany danych przez jeden z podmiotów uczestniczących w tej wymianie.

Powyższe nie wyłączało możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwnego. Jako kontrargument organ administracji publicznej przedstawił stanowisko, iż zarówno pracownik Urzędu Gminy P., jak i firma zapewniająca obsługę informatyczną Urzędu Gminy P. nie odnalazły wniosku o udostępnienie informacji publicznej w skrzynce odbiorczej Urzędu Gminy P. na platformie ePUAP oraz w podsystemie komunikacyjnym umożliwiającym znalezienie dokumentów urzędowego poświadczenia odbioru oraz urzędowego poświadczenia przedłożenia. Zdaniem Sądu, organ administracji publicznej dołożył w tej sytuacji należytej staranności, co na potrzeby prowadzonego postępowania stanowiło wystarczający argument przemawiający za nieuwzględnieniem skargi na bezczynność.

Gdyby wnioskodawca posiadał kopię złożonego pisma w formie dokumentu elektronicznego wraz z zawartym w nim identycznym identyfikatorem dokumentu znajdującym się również w urzędowym poświadczeniu przedłożenia, postępowanie sądowoadministracyjne prawdopodobnie byłoby bezsporne. Ten sam identyfikator znajdowałby się na urzędowym poświadczeniu przedłożenia będącym w posiadaniu wnioskodawcy oraz na wniosku o udostępnienie informacji publicznej sporządzonym w formie elektronicznej znajdującym się w systemie teleinformatycznym (ePUAP) organu administracji publicznej.

Zasadą jest, że urzędowe poświadczenie przedłożenia dokumentu dowodzi, że pismo faktycznie wpłynęło do skrzynki odbiorczej organu administracji publicznej. WSA we Wrocławiu stwierdził natomiast, że „przedłożone przez skarżącego urzędowe poświadczenie przedłożenia dokumentu nie dowodzi, że faktycznie wpłynął wniosek skarżącego do skrzynki odbiorczej Urzędu Gminy". Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego i w myśl wykładni logicznej teza mogłaby zostać oceniona jako prawidłowa. Postępowanie dowodowe wskazywało, że skarżący wniósł bliżej nieokreślone pismo za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej na ePUAP, system teleinformatyczny automatycznie utworzył urzędowe poświadczenie przedłożenia, natomiast pomimo tego organ administracji publicznej nie posiadał w systemie teleinformatycznym dokumentów, których autorem byłby skarżący. Konkretnie wskazane urzędowe poświadczenie przedłożenia potwierdziło jedynie, że złożone zostało jakieś pismo, lecz nie zostało udowodnione, iż jest to przedmiotowy wniosek o udostępnienie informacji publicznej. WSA nie ustalił jednak, jakie inne pismo zostało wymienione pomiędzy stronami za pośrednictwem elektronicznej platformy usług administracji publicznej.

Potwierdzenie wniesienia pisma, w tym urzędowe poświadczenie przedłożenia, stanowi dowód na to, że pismo zostało w oznaczonym czasie faktycznie wniesione i odebrane. Dalszy byt pisma, jego obieg i elektroniczne zarządzanie przez organ administracji publicznej, w tym funkcjonowanie systemu teleinformatycznego (ePUAP) jest niezależny od składającego. Obywatele nie mają żadnego wpływu na działanie tego systemu. Negatywne konsekwencje nieprawidłowego działania elektronicznej skrzynki podawczej lub systemu teleinformatycznego powinny zatem obciążać organ administracji publicznej. Należy pamiętać, że do ministra właściwego do spraw informatyzacji należy zgodnie z art. 19a uidprzp zapewnienie funkcjonowania elektronicznej platformy usług administracji publicznej. Do jego zadań należy między innymi informowanie na ePUAP

o przerwach serwisowych w świadczeniu usług, wynikających z potrzeby dokonywania zmian i ulepszeń, a w przypadku braku takiej możliwości, zamieszczenie informacji o takich przerwach w „Biuletynie Informacji Publicznej".

Zapadły wyrok WSACzęściowo podważa zasadność istnienia instytucji elektronicznego potwierdzenia wniesienia pisma, której celem jest stworzenie domniemania, a tym samym przerzucenie na drugą stronę ciężaru dowodu, iż złożone pismo dotarło do adresata. Ma to szczególne znaczenie w przypadku zachowania terminów procesowych. Zgodnie z art. 57 § 5 pkt 1 k.p.a. termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało wysłane w formie dokumentu elektronicznego do organu administracji publicznej, a nadawca otrzymał urzędowe poświadczenie odbioru.

Gdyby podzielić pogląd wyrażony w analizowanym orzeczeniu, w skrajnych przypadkach należałoby uznać, że jeśli organ administracji publicznej celowo usunie pismo z systemu teleinformatycznego, urzędowe poświadczenie przedłożenia nie będzie miało znaczenia

W tym stanie rzeczy, rację należało przyznać skarżącemu, który twierdził, że złożył wniosek o udostępnienie informacji publicznej oraz posiadał automatycznie utworzone urzędowe poświadczenie przedłożenia stanowiące dowód wniesienia i odebrania pisma. Wnioskodawca oczekiwał na udostępnienie żądanych informacji, nie posiadając wiedzy o zaistniałym problemie po stronie Urzędu Gminy P. Organ administracji publicznej poniósłby, zapewne niezawinione, negatywne konsekwencje związane z nieprawidłowym działaniem elektronicznej skrzynki podawczej lub systemu teleinformatycznego. Tak prawdopodobnie należałoby wyjaśnić brak wniosku i urzędowego poświadczenia przedłożenia w ePUAP. Przyczyna leżąca u podstaw braku rozpoznania wniosku miałaby wpływ na ocenę charakteru bezczynności organu administracji publicznej, która w tej sytuacji nie nosiłaby cechy tzw. bezczynności kwalifikowanej.

Na marginesie powyższych rozważań należy przywołać treść uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie z dnia 22 października 2013 r., w którym uznano, że niezależnie od rzeczywistego wpływu wniosku o udostępnienie informacji publicznej na skrzynkę poczty elektronicznej, z chwilą otrzymania przez organ administracji publicznej skargi na bezczynność, rozwiązane są wątpliwości co do tego czy sporny wniosek został rzeczywiście złożony[26]. Bezsporną datą złożenia wniosku jest data wpływu do organu administracji publicznej skargi na bezczynność.

Argumenty w tego typu sprawach przemawiają za przyznaniem ochrony stronie słabszej, tj. obywatelowi. Urzędowe poświadczenie przedłożenia jako dokument urzędowy jest jednym z najbardziej wiarygodnych środków dowodowych, a co za tym idzie, dowody przeciwne muszą być zdecydowanie przekonywujące[27]. Twierdzenie, iż pisma nie odnaleziono w systemie teleinformatycznym organu wydaje się być argumentem mało skutecznym, w szczególności, że nie jest znany powód jego braku. Przyczyn może być wiele, jak np. niewłaściwa konfiguracja elektronicznej skrzynki podawczej, awaria systemu teleinformatycznego do elektronicznego zarządzania dokumentacją, omyłkowe zarejestrowanie wniosku albo nawet jego usunięcie.

W doktrynie podnosi się, że osoba, która wysyła podanie drogą elektroniczną ponosi ryzyko jego nieotrzymania przez organ administracji publicznej z powodu wadliwości transmisji elektronicznej[28].

[26] Wyr. WSA w Warszawie z 22.10.2013 r., II SAB/Wa 367/13.

[27] Postanowienie NSA z 5.11.2009 r., I FSK 1742/09.

[28] M. Ganczar, *Informatyzacja administracji publicznej. Nowa jakość usług publicznych dla obywateli i przedsiębiorców*, CeDeWu, Warszawa 2009, s. 86.

Użytkownicy systemów teleinformatycznych nie mogą jednak ponosić konsekwencji z powodu działania narzuconych przez ustawodawcę i finansowanych przez państwo rozwiązań teleinformatycznych, w szczególności, gdy pismo dotarło do organu administracji publicznej. Osoby niemające wpływu na działanie elektronicznej skrzynki podawczej lub systemu teleinformatycznego nie mogą ponosić konsekwencji nieprawidłowości w ich działaniu.

Pobocznym skutkiem wyroku WSA we Wrocławiu może być pogłębienie braku zaufania do korzystania z informatycznych rozwiązań. W związku z glosowanym orzeczeniem należy mieć także na uwadze inne pisma lub podania (żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia) obywateli składane w innych rodzajach postępowań (np. podatkowych), w przypadku których niezachowanie terminów procesowych może mieć znacznie bardziej dotkliwe konsekwencje.

Bibliografia

Kamiński Mateusz. 2013. *„Gdy pismo przyszło po godzinach urzędowania”.* IT w administracji 2013 2(63): s 36–40.

Stankiewicz Rafał. 2013. Komentarz do art. 63. W Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck: 383-384.

Szustakiewicz Przemysław. 2015. Komentarz do art. 14 i 10. W Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck: s. 152–158 i s. 130–139.

Sibiga Grzegorz. 2006. *„Podstawy prawne komunikacji elektronicznej w relacjach obywatel – organ administracji publicznej (od informacji do transakcji)”.* W Informacja prawna a prawa obywatela. Konferencja z okazji XXXV-lecia informatyki prawniczej w Polsce i XV-lecia Systemu Informacji Prawnej LEX, Gdańsk, 19–20 czerwca 2006. Sopot. Wydawnictwo Prawnicze LEX: s. 91–113.

Darmosz Mikołaj. 2003. *„Podania wnoszone drogą elektroniczną w postępowaniu administracyjnym*. W Jednostka w demokratycznym państwie prawa. Bielsko-Biała. Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej: s. 141–156.

Adamska Izabela. 2012. *„Elektroniczna skrzynka podawcza w postępowaniu administracyjnym”.* IT w administracji 2012 12(61): s. 16–19.

Ścibor Kinga. 2013. *„Komunikacja elektroniczna w postępowaniu administracyjnym”.* W E-administracja. Szanse i zagrożenia. Lublin. Wydawnictwo KUL: s. 313–323.

Ganczar Małgorzata. 2009. Informatyzacja administracji publicznej. Nowa jakość usług publicznych dla obywateli i przedsiębiorców. Warszawa. CeDeWu Centrum Doradztwa i Wydawnictw.

Paweł Chmieliński
Aplikant adwokacki, doktorant INP PAN;
e-mail: pawel.chmielinski@yahoo.pl.

Postępowanie konsolidacyjne a wpływ decyzji na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi UE.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. C-3/14

I. Przedmiot wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Sąd Najwyższy zwrócił się do Trybunału o wyjaśnienie zakresu stosowania procedury konsolidacyjnej przewidzianej w art. 7 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa). Zgodnie z tym przepisem krajowy organ regulacyjny (dalej: KOR) jest zobowiązany notyfikować Komisji oraz pozostałym KOR krajów członkowskich projekty środków, które zamierza przyjąć na podstawie przepisów wymienionych w art. 7 ust. 3 lit. (b) dyrektywy ramowej i które mogą oddziaływać „na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi”[1].

Wniosek został złożony w związku ze sporem toczącym się pomiędzy Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) i Telefonią Dialog sp. z o.o. (dalej: Telefonia Dialog) a T-Mobile Polska S.A. (dalej: T-Mobile Polska). Prezes UKE nałożył na T-Mobile Polska obowiązki zmierzające do zapewnienia użytkownikom końcowym prawa dostępu do numerów niegeograficznych. Przed wydaniem decyzji Prezes UKE nie notyfikował jej ani Komisji Europejskiej, ani KOR z pozostałych państw członkowskich.

Prezes UKE rozstrzygnął spór, wydając decyzję z dnia 19 grudnia 2008 r. (dalej: decyzja) na podstawie art. 28 i 79 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt). Przepisy te stanowią transpozycję odpowiednio art. 5 dyrektywy o dostępie i art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej. Prezes UKE nałożył na Telefonię Dialog obowiązek świadczenia usługi zakończenia połączeń w sieci tej spółki na rzecz użytkowników sieci T-Mobile Polska, natomiast na T-Mobile Polska obowiązek zapewnienia swoim użytkownikom dostępu do usług informacyjnych świadczonych w sieci Telefonii Dialog. Ponadto Prezes UKE określił stawki wynagrodzenia za świadczenie tych usług.

T-Mobile Polska zaskarżyła powyższą decyzję, w wyniku czego Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 21 marca 2011 r. uchylił decyzję, wskazując, że Prezes UKE nie przeprowadził postępowania konsolidacyjnego, przewidzianego w art. 18 PT.

Sąd Najwyższy, do którego sprawa trafiła uznał, że spór dotyczy tego czy przed wydaniem decyzji Prezes UKE powinien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 7 ust. 3 dyrektywy

1 Artykuł 7 ust. 3. dyrektywy ramowej brzmi: „O ile zalecenia lub wytyczne przyjęte zgodnie z art. 7b nie stanowią inaczej, z chwilą zakończenia konsultacji, o których mowa w art. 6, w przypadku, gdy krajowy organ regulacyjny zamierza podjąć środek, który: a) jest objęty zakresem stosowania art. 15 lub art. 16 niniejszej dyrektywy lub art. 5 lub art. 8 dyrektywy 2002/19/WE (dyrektywa o dostępie); oraz b) może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, udostępnia on projekt planowanego środka Komisji, BEREC i krajowym organom regulacyjnym w innych państwach członkowskich, jednocześnie, wraz z uzasadnieniem tego środka, zgodnie z art. 5 ust. 3, oraz informuje o tym Komisję, BEREC i inne krajowe organy regulacyjne. Krajowe organy regulacyjne, BEREC i Komisja mogą przedstawić swoje uwagi danemu krajowemu organowi regulacyjnemu wyłącznie w terminie jednego miesiąca. Termin jednomiesięczny nie może zostać przedłużony”.

ramowej. W szczególności czy przepis ten powinien być interpretowany w ten sposób, że decyzja wydana przez KOR w myśl art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej w związku z art. 5 dyrektywy o dostępie zawsze oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej.

Sąd Najwyższy dostrzega, iż decyzja wydaje się nie skutkować oddziaływaniem na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi, ponieważ nie odnosi się do usług transgranicznych, nie różnicuje stawek za połączenia dla użytkownika „polskiego" i „zagranicznego", nie określa stawek wedle których T-Mobile Polska rozlicza się z operatorami z innych krajów, a także dotyczy usług świadczonych z zasady w języku polskim. Pomimo tego Sąd Najwyższy wyraził wątpliwość czy procedura przewidziana w art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej powinna zostać zastosowana.

Sąd Najwyższy zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1) Czy art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej w związku z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej należy interpretować w ten sposób, że każdy środek podjęty przez KOR w celu realizacji obowiązku wynikającego z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej oddziałuje na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, jeżeli tylko środek ten może zapewnić użytkownikom końcowym z innych państw członkowskich możliwość dostępu do numerów niegeograficznych na terytorium państwa członkowskiego?
2) Czy art. 7 ust. 3 związku z art. 6 oraz art. 20 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że KOR, rozstrzygając spór między przedsiębiorcami udostępniającymi sieci lub usługi łączności elektronicznej dotyczący zapewnienia realizacji przez jednego z tych przedsiębiorców obowiązku wynikającego z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, nie może przeprowadzić postępowania konsolidacyjnego, nawet gdy środek oddziałuje na wymianę handlową między państwami członkowskimi, a prawo krajowe zobowiązuje KOR do przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego zawsze, gdy środek może na taką wymianę oddziaływać?
3) W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie drugie – czy art. 7 ust. 3 w związku z art. 6 i 20 dyrektywy ramowej oraz w związku z art. 288 TFUE i z art. 4 ust. 3 TUE należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania przepisów prawa krajowego nakazujących KOR przeprowadzenie postępowania konsolidacyjnego zawsze wtedy, gdy podejmowany przez niego środek może oddziaływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi?

II. Rozważania Trybunału

W pierwszej kolejności Trybunał rozważył pytanie drugie, które w istocie zmierza do ustalenia, czy art. 7 ust. 3 i art. 20 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że KOR jest zobowiązany zastosować procedurę konsolidacyjną w okolicznościach takich, jakie występują w rozpatrywanej sprawie. Zatem, gdy rozstrzygając spór pomiędzy przedsiębiorcami udostępniającymi sieci i świadczącymi usługi łączności elektronicznej w danym państwie członkowskim, organ ten zamierza nałożyć obowiązki zmierzające do zapewnienia dostępu do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, a obowiązki te mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi.

Trybunał skonstatował, że ani art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej, ani art. 20 tej dyrektywy nie wskazują wprost, że KOR jest zobowiązany zastosować procedurę konsolidacyjną. Z kolei art. 6 dyrektywy ramowej przywołany w pytaniu jest w ocenie Trybunału pozbawiony znaczenia dla odpowiedzi na pytanie drugie.

Zdaniem Trybunału w pierwszej kolejności z art. 7 ust 3 dyrektywy ramowej wynika, że obowiązek zastosowania postępowania konsolidacyjnego zależy nie od charakteru postępowania, w ramach którego KOR zamierza przyjąć rozpatrywany środek, lecz od samego przedmiotu tego środka oraz możliwości jego oddziaływania na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi. Zgodnie z tym przepisem KOR powinien udostępnić projekt danego środka Komisji oraz KOR pozostałych krajów wówczas, gdy (i) środek ten podlega art. 15 lub art. 16 Dyrektywy ramowej, art. 5 lub art. 8 dyrektywy o dostępie, lub art. 16 dyrektywy o usłudze powszechnej, oraz (ii) jeżeli środek ten może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi.

Jednocześnie zgodnie z motywem 32 dyrektywy ramowej, udział KOR w rozstrzyganiu tego rodzaju sporu pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w danym kraju powinien zmierzać do zapewnienia zgodności z wymogami określonymi w dyrektywie ramowej lub dyrektywach szczegółowych.

Zdaniem Trybunału, z art. 5 ust. 1 i 4 dyrektywy o dostępie, z uwzględnieniem art. 7 i art. 20 dyrektywy ramowej wynika, że środki, jakie KOR zamierza przyjąć w ramach rozstrzygania sporu między przedsiębiorstwami udostępniającymi sieci lub świadczącymi usługi łączności elektronicznej, powinny podlegać procedurze konsolidacyjnej, jeżeli mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi. Dotyczy to również sytuacji, gdy rozstrzygając tego rodzaju spór, organ zamierza nałożyć obowiązki zmierzające do zapewnienia dostępu do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej.

Pojawia się pytanie: jakie okoliczności KOR powinien wziąć pod uwagę, by stwierdzić, że określony środek może oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy krajami członkowskimi? Czy należy uznać, że każdy środek podjęty przez KOR w celu realizacji obowiązku wynikającego z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej oddziałuje na wymianę pomiędzy krajami członkowskimi, jeżeli tylko środek ten może zapewnić użytkownikom końcowym z innych krajów członkowskich możliwość dostępu do numerów niegeograficznych na terytorium tego państwa członkowskiego?

Zdaniem Trybunału motyw 38 dyrektywy ramowej zawiera wyjaśnienie, że środki, które mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi to środki, które mogą mieć wpływ pośredni albo bezpośredni, rzeczywisty lub potencjalny na strukturę wymiany handlowej pomiędzy państwami członkowskimi w taki sposób, że będzie to stwarzało bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku. Trybunał przywołał przy tym opinię rzecznika generalnego, zgodnie z którą definicja pojęcia „oddziaływania na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi" w rozumieniu art. 7 ust. 3 lit (b) dyrektywy ramowej, jest analogiczna do definicji pojęcia „wpływu na handel między państwami członkowskimi" w rozumieniu art. 101 TFUE i art. 102 TFUE, a zatem powinna mieć takie samo znaczenie w zakresie zastosowania art. 7 ust. 3 tej dyrektywy.[2]

[2] Opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Bota przedstawiona w dniu 15 stycznia 2015 r. w sprawie C-3/14 *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Telefonia Dialog sp. z o.o. przeciwko T-Mobile Polska S.A.*, dawniej Polska Telefonia Cyfrowa S.A. [w:] InfoCuria – Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Zgodnie z wcześniejszymi wyrokami Trybunału wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi nie może być nieznaczny – w tym kontekście transgraniczny charakter danych usług stanowi element istotny dla dokonania oceny tego czy wywierany jest wpływ na handel między państwami członkowskimi[3]. Zdaniem Trybunału środek zmierzający do zapewnienia, by użytkownicy końcowi mieli dostęp do numerów niegeograficznych zgodnie z art. 28 dyrektywy o usłudze powszechnej, co do zasady (zważywszy na samo brzmienie tego artykułu) wywołuje, ze swej istoty, skutek transgraniczny w obrębie Unii Europejskiej. Sporna decyzja pozwala bowiem użytkownikowi końcowemu z innego państwa członkowskiego przebywającemu w Polsce i korzystającemu z roamingu w sieci jednego z polskich operatorów uzyskać dostęp do numerów niegeograficznych. Ponadto decyzja taka określa stawki przedmiotowych usług oraz zasady zmiany tych stawek.

Należy więc uznać, iż taka decyzja dotycząca roamingu ma charakter ponadnarodowy i może wpływać na ceny stosowane wobec użytkowników końcowych z innych państw członkowskich. Może zatem oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi w rozumieniu art. 7 ust. 3 dyrektywy ramowej.

III. Wnioski

Znaczenie omawianego wyroku wykracza poza zakres postępowania w sprawie indywidualnej, w związku z którą został on wydany. W rozważaniach Trybunału wykorzystano uniwersalny dorobek orzecznictwa na tle art. 101 i 102 TFUE dla rozstrzygnięcia zagadnienia należącego do obszaru łączności elektronicznej. Jak wiadomo dyrektywa ramowa nie zawiera definicji pojęcia „oddziaływania na wymianę handlową" przez środki regulacyjne stosowane przez KOR. Z tego względu wydaje się być zupełnie zrozumiałe, że organ regulacyjny może mieć trudność w prawidłowym uchwyceniu perspektywy „oddziaływania na wymianę handlową" przy stosowaniu określonego środka regulacyjnego, choć – jak wynika z omawianego orzeczenia – KOR ma obowiązek tę perspektywę przyjmować.

Dokonując oceny czy występuje „oddziaływanie na wymianę handlową pomiędzy państwami Unii", KOR powinien uwzględniać:

- konieczność przewidywania na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że rozważany środek może wywrzeć wpływ bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny na przepływy handlowe między państwami członkowskimi i to w sposób budzący obawy, że mogą one stanowić przeszkodę w realizacji jednolitego rynku między państwami członkowskimi[4];
- okoliczności mające wpływ na przepływy handlowe, które nie są nieznaczne[5];
- potencjalny wpływ decyzji na przepływy handlowe między państwami członkowskimi wynikający zwykle z kombinacji wielu czynników, które – wzięte z osobna – niekoniecznie są decydujące[6];

[3] Wyr. Ziegler/Komisja, C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 94.

[4] Wyr.: Asnef-Equifax i Administracion del Estado, C-238/-5, EU:C:2006:734, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo; Erste Group Bank i in./Komisja, C-125/07 P i C-133/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, pkt 36; Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, pkt 65.

[5] Wyr.: Beguelin Import, 22/71, EU:C:1971:113, pkt 16; Manfredi i in., od C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461, pkt 42; a także Erste Group Bank i in./Komisja, C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo.

[6] Wyr. Manfredi i in., od C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461, pkt 43.

- odczuwalność wpływu na handel między państwami członkowskimi, badany w kontekście gospodarczym i prawnym[7], z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności danego przypadku[8]; wpływ ten należy oceniać przy uwzględnieniu charakteru spornego środka regulacyjnego, charakteru danych produktów lub usług, a także pozycji oraz znaczenia, jakie strony mają na rynku[9]; w tym względzie Trybunał orzekł już wcześniej, że transgraniczny charakter usług ma istotne znaczenie dla dokonania oceny czy jest wywierany wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi[10];
- motyw 38 dyrektywy ramowej, który wskazuje, że środkami, które mogą oddziaływać na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi są środki mające znaczący wpływ na operatorów i użytkowników w innych państwach członkowskich, środki, które oddziałują na zdolność świadczenia usług przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innych państwie członkowskim; w szczególności środki, które mają wpływ na zdolność świadczenia usług transgranicznych oraz środki, które oddziałują na strukturę i dostęp do rynku ze skutkiem dla przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich.

Tadeusz Piątek
Radca prawny

[7] Wyr. Asnef-Equifax i Administracion del Estado, C-238/-5, EU:C:2006:734, pkt 35.

[8] Wyr. Ziegler/Komisja, C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 95.

[9] Wyr. Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo.

[10] Wyr. Ziegler/Komisja, C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 94.

Maciej Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w Prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji*, Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2015, ss. 132

Autorem pracy jest prof. Maciej Rogalski, który opublikował szereg artykułów i książek poświęconych zagadnieniom prawa karnego, wykroczeń oraz regulacjom sektorowym w zakresie ochrony konkurencji, telekomunikacji i poczty.

Opracowanie to zawiera próbę porównania zasad odpowiedzialności karnej występującej w regulacjach karnych i wykroczeń oraz instytucji kary jako sankcji administracyjnej stosowanej w przepisach administracyjnych, na gruncie regulacji szczegółowych z zakresu telekomunikacji, poczty oraz prawa konkurencji. Wybrany obszar analizy jest specyficzną sferą aktywności administracji, korzystającą z rozbudowanych narzędzi prawnych pozwalających na egzekwowanie obowiązujących przepisów prawa oraz decyzji administracyjnych w celu regulowania odpowiednich rynków, w tym rynku telekomunikacyjnego.

Mimo bardzo złożonej materii normatywnej i porównawczego podejścia do analizowanych instytucji prawnych książka została napisana bardzo jasnym językiem, co wyróżnia ją na tle wielu publikowanych ostatnio opracowań prawniczych. Sposób prezentowania poszczególnych zagadnień i opracowania tekstu powodują, że książka ta jest „przyjazna" dla odbiorcy.

Książka dotyczy wybranych zagadnień związanych z odpowiedzialnością na gruncie kilku dziedzin materialnego prawa administracyjnego. Materia tych dziedzin jest obecna w opracowaniu tylko w takim zakresie w jakim jest to konieczne dla analizy kwestii odpowiedzialności realizowanej w wykorzystaniem instrumentów o charakterze karnym i administracyjnym.

Główny wątek rozważań jest poświęcony zagadnieniom kar pieniężnych. Autor nie omawia jednak zagadnień „karnych" w kontekście całego obszaru prawa administracyjnego, a skupia się na zagadnieniach z zakresu obszarów regulowanych.

Praca podzielona została na cztery obszary zagadnień, którym odpowiadają kolejne rozdziały. W części pierwszej omówione zostały kwestie związane z pojęciami dotyczącymi odpowiedzialności, sankcji administracyjnej i rodzajami tych sankcji na gruncie przepisów prawa administracyjnego. Omówiono również kwestie związane z charakterem prawnym kary administracyjnej, a także samą karą pieniężną. W rozdziale tym scharakteryzowane zostały również rodzaje kar pieniężnych stosowanych w administracji regulacyjnej (gospodarcze, telekomunikacyjne, pocztowe).

W tej części szeroko omówiona została tematyka związana z wysokością kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zagadnienia te są szeroko omawiane w literaturze i niejednokrotnie prowadzą autorów do różnych wniosków. M. Rogalski słusznie podkreśla, iż przy „obliczaniu" wysokości kary pieniężnej konieczne jest kierowanie się przesłankami określonymi w ustawie Prawo telekomunikacyjne. Jest to bardzo istotne dla zapewnienia przewidywalności polityki stosowania sankcji przez Prezesa UKE.

Rozdział II poświęcony został omówieniu zagadnień związanych z odpowiedzialnością karną *sensu largo*. Tematyka ta przedstawiona została w świetle przepisów Konstytucji RP. Ponadto poruszone zostały zagadnienia związane z pojęciem odpowiedzialności karnej kodeksowej oraz pozakodeksowej. Autor zauważa, iż sankcje finansowe określone przez ustawy administracyjne nie są zaliczane do prawa karnego nawet w najszerszym rozumieniu. Autor analizuje i ukazuje obszary zbieżności i analogie pomiędzy „karą" na gruncie prawa wykroczeń oraz przepisów administracyjnych.

Rozdział III poświęcony został omówieniu zasady *ne bis in idem*. Autor przedstawił zagadnienie powagi rzeczy osądzonej na gruncie przepisów międzynarodowych, Konstytucji RP, w przypadku prawomocnego wyroku karnego, wyroku za przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, wyroku w sprawie o wykroczenie i orzeczenia w sprawie dyscyplinarnej.

Czwarty, ostatni rozdział, poświęcony został wskazaniu różnic pomiędzy odpowiedzialnością karną i administracyjną, omówieniu sądowej kontroli wymierzania sankcji administracyjnych oraz postulatom *de lege ferenda* dotyczącym sankcji administracyjnych.

W książce ukazano również różnice dotyczące charakteru kontroli w zakresie postępowań szczególnego typu przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnym, w szczególności postępowania konsultacyjnego, konsolidacyjnego oraz w zakresie rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów. Odmienności wynikają z możliwości kontroli tych postanowień na gruncie administracyjnym, a także postępowań prowadzonych przed sądami powszechnymi, w tym przed SOKiK.

Opracowanie zawiera szereg wniosków podsumowujących analizę dotyczącą konstrukcji i sposobu stosowania sankcji w badanych dziedzinach prawa materialnego.

Całość pracy jest oparta na bogatej literaturze, zestawionej w końcowej części książki. Bibliografia obejmuje ponad 250 pozycji i może być bardzo użytecznym przewodnikiem po dotychczasowym dorobku w badanej dziedzinie. Walory opracowania podnosi obszerna prezentacja orzecznictwa sądowego oraz wykorzystanie wielu materiałów administracyjnych ukazujących sposób stosowania sankcji w badanym obszarze.

Omawiane opracowanie, ze względu na swe walory poznawcze, doktrynalne i informacyjne stanowi bardzo interesujący materiał ukazujący podobieństwa między różnymi obszarami materialnego prawa administracyjnego. Ustalone podobieństwa w zakresie konstruowania i stosowania sankcji w tych dziedzinach mogą być podstawą doskonalenia regulacji prawnej i praktyki stosowania prawa. Omawiane opracowanie powinno być przydatne zarówno w pracy legislacyjnej, jak i dla praktyki stosowania prawa przez organy regulacyjne oraz przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą, w szczególności w regulowanych sektorach infrastrukturalnych.

Marcin Rafalski
Doktorant w Instytucie Nauk Prawnych PAN

Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2014, ss. 145

Przez ostatnie kilka dekad byliśmy świadkami bardzo dynamicznego wzrostu intensywności wymiany informacji na świecie. Dzięki nowym technologiom dostęp do informacji nie tylko stał się powszechny, lecz także okazuje się być niezbędny dla funkcjonowania we współczesnym społeczeństwie informacyjnym. Między innymi z tego powodu niezmiernie istotne jest, aby istniejące ramy instytucjonalne (z systemem prawnym na czele) umożliwiały optymalny rozwój usług zapewniających dostęp do informacji, wśród których najważniejszą rolę odgrywają usługi telekomunikacyjne. Niewątpliwie służą temu takie publikacje, jak książka „Świadczenie usług telekomunikacyjnych" autorstwa M. Rogalskiego, która oprócz szczegółowego omówienia stanu prawnego zawiera również bardzo interesujące wnioski i propozycje zmian w obowiązujących przepisach.

Przedmiotem omawianej pracy jest świadczenie usług telekomunikacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem art. 56–61 prawa telekomunikacyjnego. Zakres tematyczny tylko pozornie może wydawać się wąski, ponieważ omawiane przepisy są rozbudowane, a ich stosowanie w praktyce stwarza wiele problemów i budzi liczne kontrowersje. Dodatkowo należy zaznaczyć, że poruszana tematyka ma istotne znaczenie gospodarcze, ponieważ – jak zaznacza Autor – obecnie w Polsce zawartych jest więcej umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych niż wynosi liczba ludności (s. 9). Podkreślenia wymaga również fakt, że praca M. Rogalskiego omawia aktualne przepisy, a więc uwzględnia tzw. nowelę listopadową (ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 2012 r., poz. 1445), która z dniem 21 stycznia 2013 r. dokonała istotnych zmian w prawie telekomunikacyjnym. Istotnym atutem tej publikacji jest właśnie to, że w licznych miejscach szczegółowo omawiane są zmiany wprowadzone tą nowelizacją.

Recenzowana książka jest podzielona na dziesięć rozdziałów, z których pierwszy zawiera rozważania Autora dotyczące charakteru prawnego umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Najważniejszym elementem tej części opracowania jest prezentacja przez M. Rogalskiego poglądów doktryny i orzecznictwa dotyczących zakresu stosowania kodeksu cywilnego (k.c.) do umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Na tej podstawie Autor dochodzi do wniosku, iż do tych umów nie znajduje zastosowania art. 750 k.c., nakazujący stosować przepisy o zleceniu w przypadku umów o świadczenie usług nieuregulowanych w innych przepisach. Ponadto w pierwszym rozdziale omówione zostały cechy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

W rozdziale drugim M. Rogalski zajmuje się stronami umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. W tej części opracowania omówione zostały definicje dostawcy usług (przedsiębiorcy telekomunikacyjnego) oraz abonenta. Ponadto Autor przedstawia relację pomiędzy pojęciami konsument i abonent. Na końcu rozdziału wskazano natomiast dopuszczalność zawarcia przedmiotowej umowy przez pełnomocnika.

Kolejne istotne elementy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zostały omówione w rozdziale czwartym, w którym Autor w znacznym stopniu skupia się na art. 56 ust. 3 prawa telekomunikacyjnego. Po kolei analizowane są konieczne elementy umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem opłaty abonamentowej. Następnie M. Rogalski przybliża czytelnikowi najważniejsze obowiązki dostawcy usług. Ponadto w tym rozdziale poruszona została problematyka zmiany treści, odstąpienia od umowy i jej rozwiązania.

W rozdziale trzecim opracowania przedstawiona została problematyka formy umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Wydaje się, że niepotrzebnie oddziela ona od siebie rozdziały dotyczące istotnych elementów tej umowy – stron (rozdział drugi) oraz jej treści (rozdział czwarty). W tej części opracowania Autor omówił dopuszczalne formy zawarcia przedmiotowej umowy oraz przybliżył skutki niezachowania tej formy. Dodatkowo M. Rogalski słusznie postanowił w tym rozdziale przedstawić istotne dla praktyki kwestie, jakimi są wzorce umowne oraz wymóg jasnej, zrozumiałej i łatwo dostępnej formy umowy.

Piąty rozdział opracowania zawiera analizę art. 57 prawa telekomunikacyjnego. W tej części Autor omawia istniejące zakazy uzależnienia zawarcia umowy o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych od spełnienia warunków zawartych w ust. 1 wskazanego przepisu. Sporo miejsca poświęcone zostało wykreśleniu przez nowelę listopadową punktu zakazującego zawarcia umowy pod warunkiem wykupienia przez abonenta innych usług świadczonych przez dostawcę. W dalszej części rozdziału M. Rogalski wskazuje sytuacje, kiedy dostawca usług może odmówić zawarcia umowy.

W kolejnym rozdziale przedstawiona została problematyka wykonania oraz skutków niewykonania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. M. Rogalski skupia się w tym przypadku na odpowiednich przepisach k.c. Ponadto w ostatniej części tego rozdziału omówiona została szczególna odpowiedzialność przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej wynikająca z przepisów prawa telekomunikacyjnego.

Rozdziały siódmy i ósmy stanowią rozwinięcie dwóch zagadnień – ogólnie omówionych w rozdziale czwartym – zmiany umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz jej rozwiązania. W przypadku pierwszej z tych kwestii Autor bardzo szczegółowo omówił obowiązki informacyjne dostawcy usług oraz uprawnienie abonenta do wypowiedzenia umowy. W przystępny sposób przedstawiona została różnica pomiędzy „zmianą warunków umowy" a „zmianą umowy". W dalszej części opracowania M. Rogalski porusza niezwykle istotny w praktyce problem – zwrot ulgi udzielonej abonamentowi przy zawarciu umowy. Duże znaczenie praktyczne ma również kolejna część opracowania, która dotyczy rozwiązania umowy, w której Autor skupia się na trybie i warunkach rozwiązania umowy oraz na zakazie utrudniania zmiany dostawcy (np. poprzez uniemożliwienie przeniesienia numeru do innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego).

Ostatnie dwa rozdziały dotyczą skomplikowanej i ważnej kwestii, jaką są regulaminy i cennki. W praktyce zagadnienia te budzą wiele problemów i kontrowersji, dlatego pozytywnie należy ocenić fakt, iż ta część opracowania została napisana przez Autora w sposób przystępny.

Całość publikacji zwieńczona jest zakończeniem, w którym M. Rogalski podsumowuje wnioski z pracy oraz prezentuje interesujące wnioski *de lege ferenda*. Dzięki precyzji wypowiedzi ta część opracowania ułatwia uporządkowanie treści poruszanych w prezentowanej pracy.

Książkę M. Rogalskiego należy uznać za publikację potrzebną i udaną. Autor w stosunkowo przystępny sposób przybliża Czytelnikowi problematykę świadczenia usług telekomunikacyjnych. Dzięki trafnemu rozłożeniu akcentów oraz szerokiemu wykorzystaniu orzecznictwa, publikacja ta będzie niewątpliwie przydatna dla praktyków. Dodatkowo należy podkreślić, że książka M. Rogalskiego jako jedna z nielicznych dostępnych na rynku publikacji uwzględnia stan prawny po noweli listopadowej. Z tych też względów omawiana praca może być rekomendowana jako cenne źródło wiedzy z zakresu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Mateusz Kabut
Doktorant Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;
e-mail: mkabut@wz.uw.edu.pl.

Sprawozdanie z uroczystości wręczenia Nagrody CARS 2015 (regulacyjnej) (16.07.2015 r.)

W dniu 16 lipca 2015 r. w Centrum Konferencyjnym UOKiK przy Pl. Powstańców 1 odbyło się czwarte już **uroczyste ogłoszenie wyników konkursu o Nagrodę CARS 2015**, zorganizowanego przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) WZ UW. Tym razem nagroda przyznawana była za najlepsze prace naukowe z zakresu regulacji.

Podobnie jak w roku ubiegłym **fundatorem nagrody był PKO Bank Polski S.A.**

W uroczystości prowadzonej przez prof. dr hab. Tadeusza Skocznego (Przewodniczący Kapituły Nagrody CARS, WZ UW) udział wzięli: prof. dr hab. Anna Fornalczyk (COMPER), prof. dr hab. Stanisław Piątek (WZ UW) doc. dr hab. Cezary Banasiński (WPiA UW), Pani Justyna Borkiewicz (Dyrektor pionu Zarządu PKO Bank Polski S.A.), członkowie Kapituły Nagrody CARS, prawnicy i akademicy, w tym liczne grono współpracowników i sympatyków CARS.

Program uroczystości podzielony został na dwie części. Pierwsza część poświęcona została wręczeniu nagród nominowanym do nagrody CARS (regulacyjnej) oraz wręczeniu nagrody głównej.

Wśród nominowanych prac, otrzymujących jednocześnie największą liczbę głosów, znalazły się:

1. Chołodecki M., *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, UW, Warszawa 2013;
2. Jarecki S., *Modele prokonkurencyjnych rozwiązań prawnych w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych*, EuroPrawo, Warszawa 2013;
3. Pawełczyk M., *Publicznoprawne obowiązki przedsiębiorstw energetycznych jako instrument zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego w Polsce*, Wydawn. A. Marszałek, Toruń 2013;
4. Szablewski A.T., *Liberalizacja a bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej*, Wydawnictwo Key Text, Warszawa 2012;
5. Walulik J., *Reforma regulacyjna. Przykład transportu lotniczego*, EuroPrawo, Warszawa 2013.

Laureatem pierwszej – regulacyjnej – Nagrody CARS został **dr Jan Walulik**, który odebrał nagrodę z rąk Pani Justyny Borkiewicz Dyrektora pionu Zarządu PKO Bank Polski S.A. w towarzystwie prof. dr hab. Anny Fornalczyk, prof. dr hab. Stanisława Piątka oraz doc. dr hab. Cezarego Banasińskiego. Nadmienić należy, iż zdobywając główną nagrodę, dr Jan Walulik stał się również członkiem Kapituły Nagrody CARS.

Uzasadnienia przyznania nagrody (*laudatio*) dokonał prof. dr hab. Stanisław Piątek. Rozpoczynając wystąpienie prof. Piątek rozpoczął od wskazania istotnych różnic pomiędzy „typowymi" zagadnieniami dotyczącymi prawa konkurencji, a pewną specyfiką sektorów, która niejednokrotnie analizowana jest wąsko, skupiając się jedynie na danym obszarze badawczym.

Przechodząc do omówienia nagrodzonej pracy, w pierwszej kolejności prof. Stanisław Piątek odniósł się do jej dwuczłonowej budowy. Jak podkreślił, praca łączy rozważania nad prawem lotniczym z ogólną teorią regulacją i rozważaniami nad reformą regulacyjną. Jest to próba ponadsektorowego spojrzenia na regulacje jako pewną instytucję. Prof. Stanisław Piątek wskazał,

iż w swej pracy Autor dąży do stworzenia pewnego modelu regulacyjnego, bazując na doświadczeniach wyprowadzonych z poszczególnych sektorów, dokonując przy tym analizy elementów powtarzalnych i unikanych. Jak wywodzi Autor, doświadczenia zgormadzone w różnych sektorach dają podstawy do wyprowadzenia pewnych ogólniejszych wzorców. Na tej bazie dr Walulik tworzy w pierwszym rzędzie koncepcję regulacji, a następnie reformy regulacyjnej. Generalna teza, którą Autor próbuje uzasadnić, dotyczy stwierdzenia, iż regulacja sektorowa jest trwałym elementem oddziałującym na gospodarkę w sferze *imperium* państwa. Funkcja ta realizowana jest przy pomocy administracji gospodarczej.

Profesor Piątek, uzasadniając wybór pracy dr. Walulika, zwrócił również uwagę fakt, iż znacząca część pracy poświęcona została teoretycznym rozważaniom dotyczącym regulacji, która niewątpliwie posuwa teorię regulacyjną do przodu. Za niezwykle istotny walor pracy uznał Prof. Piątek wykorzystanie ogromnego dorobku piśmienniczego polskiego, europejskiego oraz światowego, w tym dotyczącego kwestii ekonomicznych, szczególnie zaś ekonomicznej analizy prawa. Jak zauważył prof. Piątek, owe wyjście poza materiał normatywny bardzo wpłynął na wysoki poziom pracy, a w konsekwencji docenienie jej przez oddających głosy.

Prof. Piątek stwierdził także, że ze względu na poruszana tematykę jak również warsztat naukowy, praca dr Walulika stać się winna wyróżniającą pozycją wśród publikacji poruszających z jednej strony problematykę regulacyjną, a z drugiej – kwestie dotyczące specyfiki sektora lotniczego.

Po wystąpieniu prof. Piątka głos zabrał sam Laureat, dziękując organizatorom konkursu za poruszenie tematyki regulacyjnej, prof. Skocznemu oraz Kapitule Nagrody CARS, a także sponsorowi Nagrody – Bankowi PKO BP S.A.

Drugą część uroczystości stanowił panel dyskusyjny dotyczący *aktualnych problemów regulacji prokonkurencyjnej i prokonsumenckiej w sektorach infrastrukturalnych*. W dyskusji udział wzięli: Adam Jasser (Prezes UOKiK), Krzysztof Dyl (Prezes UTK), Tomasz Bator (Dyrektor Departamentu Strategii i Analiz Rynku Telekomunikacyjnego UKE), Sylwia Ciszewska (Zastępca Dyrektora Departamentu Lotnisk ULC), Adam Dobrowolski (Dyrektor Departamentu Rynków Energii Elektrycznej i Ciepła URE). Moderatorem panelu regulacyjnego był prof. Stanisław Piątek.

Uroczystość wręczenia „Nagrody CARS 2015" zakończył prof. dr hab. T. Skoczny, ponownie gratulując Laureatowi i wszystkim nominowanym oraz dziękując uczestnikom panelu regulacyjnego za udział w interesującej debacie.

Ilona Szwedziak-Bork
doktorantka w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Zarządzania UW

Aktualne problemy regulacji prokonkurencyjnej i prokonsumenckiej w sektorach infrastrukturalnych. Panel Regulatorów

Gala wręczenia Nagrody CARS (regulacyjnej) Warszawa, 16 lipca 2015 r.

W dniu 16 lipca 2015 r. w ramach drugiej części uroczystości wręczenia pierwszej regulacyjnej Nagrody CARS 2015 w Centrum Konferencyjnym UOKiK odbył się Panel Regulatorów dotyczący *aktualnych problemów regulacji prokonkurencyjnej i prokonsumenckiej w sektorach infrastrukturalnych*. W dyskusji wzięli udział: Adam Jasser (Prezes UOKiK), Krzysztof Dyl (Prezes UTK), Tomasz Bator (Dyrektor Departamentu Strategii i Analiz Rynku Telekomunikacyjnego UKE), Sylwia Ciszewska (Zastępca Dyrektora Departamentu Lotnisk ULC), Adam Dobrowolski (Dyrektor Departamentu Rynków Energii Elektrycznej i Ciepła URE). Moderatorem panelu regulacyjnego był prof. dr hab. Stanisław Piątek.

Otwierając Panel Regulacyjny, prof. Piątek przedstawił kilka kwestii będących polem do dyskusji dla zgromadzonych przedstawicieli organów regulacyjnych oraz organu ochrony konkurencji. Pierwsza kwestia dotyczyła wielości organów administracji publicznej odpowiedzialnych za rozwój konkurencji i ochronę konsumentów w sektorach infrastrukturalnych oraz pytania, czy ów model jest modelem prawidłowym. Drugi z poruszanych problemów dotyczył współdziałania regulatorów na rzecz wzmocnienia konkurencji. Kolejna kwestia poruszała zagadnienia związane z funkcjonowaniem ogólnej oraz sektorowej ochrony konsumenta. Ostatnie zagadnienie objęło rozważania dotyczące ochrony konkurencji a ochrony konsumentów oraz problemów związanych z realizowaniem polityki prokonsumenckiej w kontekście sektorowym.

Jako pierwszy głos zabrał Prezes UTK Krzysztof Dyl, który zaczął od kwestii związanych ze współpracą z innymi sektorami. Prezes Dyl w pierwszym rzędzie wskazał na stworzenie platformy współpracy wraz z innymi partnerami, także w kontekście nowych inwestycji. W przypadku sektora kolejowego chodzi tu m.in. o współpracę z zarządcami sieci oraz z sektorem telekomunikacyjnym (np. w kwestii pracy nad memorandum dot. kradzieży infrastruktury). Prezes Dyl podkreślił jednak, że pożądanym jest również nawiązanie relacji z innymi regulatorami. Przedstawił również wyniki badania przeprowadzonej wśród regulatorów kolejowych dotyczących zapytania o łączenie więcej niż jednej funkcji, z którego wynika, że aż 11 regulatorów zajmuje więcej niż jedną (np. drogownictwo). Prezes Dyl wskazał przy tym, że takie łączenie może pomóc w kwestiach związanych z polityką konsumencką, także tych dotyczących bezpieczeństwa pasażerów. W ramach działań pożądanych, zdaniem Prezesa UTK należą zwiększenie niezależności regulatora oraz kwestie związane ze zwiększeniem budżetu, a także dostarczenie narzędzi, które pomogłyby lepiej dopasować się do rzeczywistości rynkowej.

Innym problemem, na który zwrócił uwagę Prezes Dyl, jest konkurencja międzygałęziowa. Możliwe jest tu powstanie różnych zagrożeń jak chociażby konkurowanie kosztem bezpieczeństwa,

nawet jeśli mieszczą się one w granicach prawa. W tym sprawach, konieczne jest precyzyjne, punktowe oddziaływanie na rynek.

Kolejnym prelegentem był pan Tomasz Bator, Dyrektor Departamentu Strategii i Analiz Rynku Telekomunikacyjnego UKE. Odnosząc się do postawionych tematów, wskazał przede wszystkim, iż model podziału zadań, jakie realizują regulatorzy jest obecny w całej UE. Podobnie jak w przypadku UTK, UKE również współpracuje z innymi organami regulacyjnymi w państwach członkowskich. Dyrektor Bator wskazał też na pewną tendencję łączenia kompetencji regulatorów sektorowych, także z kompetencjami organów antymonopolowych oraz rozważył zasadność takich procesów. Jego zdaniem, obecny model jest modelem dobrym, zaś odnosząc się do działań UKE wskazał na pola współpracy z innymi polskimi regulatorami. Jeśli chodzi o współpracę z polskim organem ochrony konkurencji, skupia się ona na trzech obszarach: analizie rynków właściwych, ochronie konsumentów oraz gospodarce widmem. Dyrektor Bator ocenił współpracę jako intensywną, wskazując też na znaczną inicjatywę UKE. Stwierdził też, że istotnym celem stojącym przed sektorem telekomunikacyjnym są inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną oraz oddanie pewnej przestrzeni dla działań w tym zakresie.

Jako następna wystąpiła Pani Sylwia Ciszewska, Zastępca Dyrektora Departamentu Lotnisk ULC. Rozpoczęła ona swoje wystąpienie od przybliżenia współpracy z innymi urzędami. Odnosząc się do współpracy z UOKiK, Dyrektor Ciszewska wskazała przede wszystkim na kwestie związane z pomocą publiczną. Nawiązała też do kooperacji z innymi organami regulacyjnymi w kontekście przyszłej implementacji dyrektywy dot. ochrony infrastruktury krytycznej. Wskazała również na znaczenie kwestii bezpieczeństwa oraz regulacji ekonomicznych, a także na rozwiązania przyjęte w innych państwach członkowskich UE i rozwój rynku, który determinowany jest nie tylko działalnością legislacyjną, ale również działaniami regulatorów. Dyrektor Ciszewska stwierdziła, że to rynek determinuje działania regulatorów – im bardziej rozwinięty i dojrzały rynek, tym mniej jest regulacji, którą zastępować zaczyna deregulacja. Dobra współpraca podmiotów na rynku przekłada się na wolną konkurencję, a w konsekwencji na ochronę praw konsumentów. Podkreśliła też, że priorytetowe działania na rzecz konsumenta dotyczą kwestii bezpieczeństwa. Odnosząc się do konkurencji w wymiarze międzynarodowym, prelegentka stwierdziła, że zapewnienie równiej konkurencji musi mieć podbudowę nie tylko w swobodzie świadczenia usług. Zdaniem przedstawicieli ULC będzie ona równa tylko wtedy, gdy wymogi dotyczące bezpieczeństwa będą równe w zakresie państw, które dopuszczamy na nasz rynek. Dyrektor Ciszewska odniosła się również do kwestii związanych z polityką konsumencką w przypadku przewoźników niskotaryfowych.

Z kolei głos zabrał pan Adam Dobrowolski, Dyrektor Departamentu Rynków Energii Elektrycznej i Ciepła URE, który w pierwszej kolejności podkreślił fakt wzmocnienia Prezesa URE pod względem niezależności prawnej. Bolączką regulatora pozostaje jednak okrojony budżet, który ogranicza część działań i inicjatyw URE. Nawiązując do współpracy z innymi regulatorami, przedstawiciel URE wskazał na przenikające się regulacje *ex post* oraz *ex ante*, a także na działania podejmowane wraz z organem antymonopolowym, z którym współpraca jest niewątpliwie najszersza i bardzo owocna. Dyrektor Dobrowolski podkreślił również istotną rolę kooperacji organów regulacyjnych w wypracowaniu najlepszych rozwiązań dla konsumentów. Wskazał także na pewne aspekty tzw. miękkiej regulacji prowadzonej przez URE – próby oddziaływania poprzez edukację nie tylko dla

konsumentów, ale również przedsiębiorców, którzy wykonują pewne zadania oraz otwarcie urzędu na wszystkich interesariuszy.

Analizując zakres działań urzędów regulacyjnych oraz antymonopolowego, zdaniem Dyrektora Dobrowolskiego UOKiK ma trochę inny i niewątpliwie szerszy sposób patrzenia na pewne zagadnienia. URE jako regulator posiada nieco słabsze narzędzia (np. cofnięcie koncesji) i są one w pewien sposób ograniczone. Przedstawiciel URE podał tu przykład rynku energii elektrycznej oraz ofert skierowanych do konsumentów.

Jako ostatni wystąpił w Panelu Prezes UOKiK Pan Adam Jasser, który w pierwszym rzędzie podkreślił, że regulatorzy chronią bardzo różne wartości i są w bardzo konkretny sposób związani z jakaś polityką państwa, pomimo oczywiście niezależnego działania. W porównaniu z nimi, urząd antymonopolowy strzeże konkurencji. Może jednak zdarzyć się, że w wyniku realizacji jakiejś polityki (np. bezpieczeństwa), konkurencja nie będzie stanowić priorytetu. Konsekwencje takiej sytuacji mogą być bardzo różne, może bowiem wystąpić przypadek konfliktu wartości przy realizacji celów. Urząd antymonopolowy powinien jednak chronić konkurencję i wolny rynek i w przypadku powstania konfliktu, powinien poinformować o możliwych konsekwencjach i kosztach takich działań. Odnosząc się do możliwości łączenia regulatorów, Prezes Jasser stwierdził, iż obniżka kosztów jest jedynie iluzoryczna.

Argumentem przeciwko łączeniu jest zdaniem Prezesa UOKiK pewne mieszanie ról. Nadto, przy realizacji konkretnej polityki państwa może powstać swego rodzaju dylemat, które rozwiązanie należy przyjąć. W końcu, ważne jest zachowanie nadrzędnej funkcji urzędu antymonopolowego, jakim jest ochrona konkurencji i konsumentów. Konkludując ten wątek, Prezes Jasser wskazał na przykład brytyjski, gdzie stworzono sieć ochrony konkurencji oraz na istniejący tam system wymiany informacji. W zakresie prawa ochrony konsumentów podkreślił zaś, że jest ono obecnie dodatkowym narzędziem ochrony konkurencji.

Po wystąpieniach panelistów jako pierwszy głos zabrał prof. Tadeusz Skoczny, który podzielił się swoimi refleksjami płynącymi z dyskusji. Dyrektor CARS zauważył, że każdy regulator posiada własne wzorce normatywne oraz narzędzia i co do zasady nie ma tutaj konfliktu. Na przestrzeni lat problemy, przed którymi stają organy, także ulegają zmianom. Być może konieczne jest jednak zastanowienie się, czy to co stanowiło wcześniej problemy sektorowe (np. dostęp do sieci), nie ustępuje obecnie refleksjom dotyczącym tego, co powinno być przedmiotem regulacji. Jak wskazał prof. Skoczny, słuszny jest wniosek budowy sieci organów, które mają za zadanie m.in. ochronę i tworzenie konkurencji. Jednocześnie, zauważył, że pewną przeszkodę może stanowić tutaj obawa przed instytucjonalizacją. W odniesieniu do argumentu niskich budżetów organów regulacyjnych Dyrektor CARS podkreślił, że być może należy realizować cele regulacyjne, które założone zostały przez ustawodawcę, ale należy też myśleć o deregulacji oraz o samoregulacji rynków. Wskazał także na kwestie związane z negocjacyjnym stosowaniem prawa, które mogą stać się jednym z narzędzi dialogu z przedsiębiorcami.

Nawiązując do wystąpienia przedmówcy Prezes Jasser stwierdził, że aby samoregulacja zadziałała, istnieć muszą dostatecznie silne narzędzia po stronie regulatorów oraz organu antymonopolowego, żeby motywacja do samoregulacji była silna. W oparciu o praktykę UOKiK zauważyć można bowiem, że samoregulacja zawodzi tam, gdzie branże są w stanie same tworzyć pewne narzędzia kształtowania stosunków (np. arbitraż). Jeśli jednak istnieje silna determinacja

regulatora i urzędów anntykonkurencyjnych, wzrasta także motywacja do samoregulacji. Prezes Jasser odniósł się również do kwestii spójności działań *ex ante* oraz *ex post* oraz podkreślił walory ewentualnego przyszłego powstania sieci organów.

Następnie głos zabrał pan Marcin Kruszka (SGH), który zapytał o realizację nadrzędnego celu UOKiK w postaci zwiększania konkurencji w kontekście polityki innych urzędów antymonopolowych, dla których priorytetem była ochrona istniejącej konkurencji. W odpowiedzi, Prezes Jasser stwierdził, że wszystko zależy od sytuacji rynkowej oraz drobiazgowej analizy ekonomicznej. Konkurencja stanowi zaś narzędzie m.in. do zwiększenia dobrobytu czy powstania innowacji. Jako ostatni głos zabrał pan Mariusz Wiatrowski (Prezes Zarządu Związków Regionalnych Portów Lotniczych), który poczynił szereg uwag związanych z problemami występującymi na rynku usług lotniczych.

Ilona Szwedziak-Bork
doktorantka w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Zarządzania UW

15 years of a Regulatory Authority in Telecommunications
(from the Volume Editor)

Articles

Daria Kostecka-Jurczyk, **Sector Specific Regulations and Competition Law in the Telecommunications Sector**

Table of contents:

I. Introduction
II. Regulatory obligations and competition law
    1. Asymmetric access obligations
    2. Symmetric access obligations
III. Radio spectrum management
IV. Network sharing and restrictions of competition
V. Relations between competition law and sector specific regulation
VI. Conclusions

Summary: The article concerns the dual normative structure characteristic for infrastructural sectors. The analysis is limited to the Telecommunication sector. The paper focuses on the problem of the role of competition law in the context of regulatory obligations, radio spectrum management and network sharing agreements. The aim of the article is to show the complexity of the normative structure of the Telecommunications sector, including sector specific regulations and competition rules, rather than exhaustively analyse the chosen regulatory aspects.

Classification and key words: K23; sector specific regulations; telecommunication; regulatory obligations; competition rules

Marcin Król, **Can Telecommunications Use the Experiences of Railways When Discussing Functional Separation?**

Table of contents:

I. Introduction
II. On the possibility of transferring experiences with structural separation among infrastructure industries
III. Key conclusions for Telecommunications regarding structural separation applied in Railways

Summary: The article aims to show these areas of experiences with structural separation in Railways which might prove useful for Telecommunications. The context of the analysis is presented in the first part of the paper. Part II discusses the possibility to transfer experiences with structural separation among infrastructure industries. Key conclusions for the Telecommunications sector regarding structural separation applied in Railways are identified in the third part of the paper.

Classification and key words: K23; functional separation, structural separation, telecommunications, railways

Andrzej Nałęcz, **Network Neutrality**

Table of contents:

I. The Meaning of Network Neutrality
II. Basic Requirements for Network Neutrality
III. Threats to Network Neutrality
  1. Network Management
  2. Proposals to Change the Business Model of Network Operators
  3. Insufficient Role of Transparency of Contracts between Internet Service Providers and End-Users
IV. Network Neutrality and the Protection of Privacy
V. Need to Establish a Law on Network Neutrality
  1. The Netherlands and Slovenia
  2. Draft EU Regulations
VI. Conclusions

Summary: Network neutrality means that all electronic communications passing through a network are treated equally, independent of their content, application, service, device, or sender and receiver addresses. Network neutrality serves to promote the development of innovative online content and applications. It also plays an important role for the freedom of expression and the freedom to communicate. The basic requirements for network neutrality include: competition on the Internet access services market and its transparency, as well as ease of changing the provider of Internet access services. Current threats to network neutrality include: network management in public communications networks, vertical integration of network and content layers, zero-rating, as well as the proposals submitted by network operators to change their business model. Technical means employed in network management pose threats to the privacy of end-users. To counter these threats, several EU Member States have enacted strict national network neutrality laws. A draft Regulation on the open Internet has also been proposed on the EU level.

Classification and key words: K23; Internet; network neutrality; network management; *zero-rating*; regulation; operator; content and application provider; end user

Ewa Galewska, **The Form of the Agreement on Telecommunications Access and the Consequences of that Form Not Being Observed**

Summary: Telecommunications access agreements are commonly applied on the telecoms market. Since such agreements contain conditions of telecommunications access and on related cooperation, they are of high importance to telecommunications activity. The Polish Telecommunications Act provides the obligation to conclude such agreements in a written form. Whether the appropriate form is observed, and the consequences of not observing the duty to conclude such agreements in a written form, should be assessed in the light of the provisions of the Polish Civil Code.

Classification and key words: K23; telecommunications access, agreements, form

Stanisław Piątek, **Legal Conditions of Using Cookies**

Table of contents:

I. Introduction
II. Types and functions of cookies
III. Legal grounds of using cookies
VI. Scope of the application of rules on cookies
    1. Subjective scope
    2. Objective scope
V. Information obligation
    1. Subject obliged
    2. Performance of the information obligation
VI. Obtaining consent
    1. Subject granting consent
    2. Requirements concerning consent
    3. Scope of consent granted
VII. Information obligation and exemptions to consent
VIII. Cookies and personal data
IX. Enforcement of obligations concerning cookies

Summary: The subject matter of this article centers on the use of cookies by providers of telecommunications services, information society services, and advertising services. The goal of the analysis is to identify the permissible forms of performing the information obligation and acquiring subscribers' consent for the use of cookies. The paper also considers the scope of the exclusion of these duties in light of the opinions of Article 29 of the Data Protection Working Party, regulatory bodies of EU countries other than Poland, and Polish practice. The issues of cookies are analyzed in the light of Polish Telecommunications Law provisions and respective provisions on the protection of personal data.

Classification and key words: K23; cookies, information obligation, consent, Web browser, personal data

Łukasz Pirożek, **Legal Issues Surrounding the Provision of Services in a SaaS Model by Telecommunications Entrepreneurs**

Table of contents:

I. Introduction
II. A computer program as a basic component of services in a SaaS model
III. User interface
IV. The right to reproduce a computer program
V. A software license in a SaaS model
VI. Telecommunications services and services in a SaaS model
VII. Conclusion

Summary: This article considers the legal qualification of the provision of services in a SaaS model pursuant to Polish law. It analyzes the issue of software licensing according to the Polish

Copyright Act and considers the qualification of services in a SaaS model as telecommunications services within the meaning of the Polish Telecommunications Act.

Classification and key words: K23; cloud computing, SaaS, computer program, software, user, telecommunications services

Mariusz Czyżak, **Selected Issues of Criminal-Administrative Liability in Polish Postal Law**

Table of contents:

I. Introduction
II. Criminal-administrative liability of natural persons
III. Liability for the breach of the information obligations
IV. Level of financial penalty
V. Limitation of liability
VI. Conclusions

Summary: On the basis of the Polish Postal Law of 2012, the legislator has comprehensively specified relevant issues of criminal and administrative liability. A financial penalty can be imposed, *inter alia,* on natural persons if that person obstructs the conduct of inspections under the Act, if he/she fails to act and if he/she improperly implements a number of information and reporting obligations to the President of UKE. Guiding principles for the sanction term were modified by eliminating the need to take into account the degree of fault when setting the level of the penalty and by introducing the statute of limitation.

Classification and key words: K23, K42; post, criminal-administrative liability, administrative financial penalty

Legislation and Case Law Review

Tables of judgments of the Supreme Court, the Court of Appeals in Warsaw and the Competition and Consumers Court (SOKiK) in telecommunications cases for 2014 (Ewa M. Kwiatkowska)

Tables of judgments of the administrative courts in telecommunications cases for 2014 (Andrzej Nałęcz)

Submission of an application via an electronic inbox.

Critical comment to the judgment of the Woiwodship Administrative Court in Wrocław of 24 February 2015, SAB/Wr 17/15 (Paweł Chmieliński)

Consolidation procedure and the effect of a decision on trade between Member States.

Judgment of the Court of Justice of the European Union of 16 April 2015, C-3/14 (Tadeusz Piątek)

Books Reviews

Maciej Rogalski, Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w Prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji (*Criminal and administrative responsibility in telecommunications, postal and competition law*), Warszawa 2015, ss. 132 (Marcin Rafalski)

Maciej Rogalski, Świadczenie usług telekomunikacyjnych (*Provision of telecommunications services*), Warszawa 2014, ss. 145 (Mateusz Kabut)

Reports

Report on the Offical Award Ceremony for the CARS REGULATORY AWARD for 2015, Warsaw, 16 July 2015

Current problems of pro-competitive and pro-consumer regulation in infrastructure sectors. Regulatory Authorities' Panel during the Official Award Ceremony for the CARS REGULATORY AWARD for 2015, Warsaw, 16 July 2015

internetowy
KWARTALNIK
ANTYMONOPOLOWY I
REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)