

Nowe warunki prawne świadczenia usług dostępu do Internetu

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rozporządzenie UE jako źródło prawa
- III. Neutralność sieci jako podstawa otwartego Internetu
- IV. Zakres stosowania rozporządzenia 2015/2120
- V. Usługa dostępu do Internetu a usługa specjalistyczna i sub-internetowa
- VI. Gwarancje dostępu do otwartego Internetu
- VII. Środki zarządzania ruchem
 1. Odpowiednie środki zarządzania ruchem
 2. Wyjątkowe środki zarządzania ruchem
- VIII. Wymagania dotyczące umów i ochrony przed nienależytym wykonaniem usługi
- VIII. Dochodzenie odpowiedzialności z powodu nienależytej jakości usługi

Streszczenie

Artykuł przedstawia skutki zmian wynikających z rozporządzenia UE 2015/2120 w zakresie dostępu do otwartego Internetu dla dostawców usług i użytkowników końcowych. Przedstawiono charakter prawny i zakres zastosowania nowych wymagań. Omówiono gwarancje przysługujące użytkownikom końcowym usług oraz ograniczenia nałożone na dostawców usług w zakresie zarządzania ruchem internetowym. Wyjaśniono skutki zmian dotyczących zawartości umów oraz dochodzenia odpowiedzialności z powodu nienależytej jakości usługi dostępowej. Przedstawiono znaczenie wytycznych BEREC w zakresie stosowania rozporządzenia.

Słowa kluczowe: dostęp do Internetu; zarządzanie ruchem IP; dostawcy usług; użytkownicy końcowi; władza regulacyjna.

JEL: K23.

I. Wprowadzenie

W dniu 1 stycznia 2017 r. rozpoczyna się okres stosowania na terenie Polski rozporządzenia UE 2015/2120 w zakresie dostępu do otwartego internetu¹. Rozporządzenie zostało przyjęte w dniu 25 listopada 2015 r., weszło w życie 29 listopada 2015 r. i stosuje się w państwach członkowskich

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

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz. U. UE z 2015 r., L 310/1).

Unii Europejskiej od 30 kwietnia 2016 r. Na podstawie art. 10 ust. 3 rozporządzenia Polska powiadomiła Komisję Europejską o utrzymaniu do końca 2016 roku wcześniejszych środków regulacyjnych, w tym systemów samoregulacyjnych, co umożliwi przystąpienie do realizacji zadań i obowiązków wynikających z rozporządzenia na terenie Polski dopiero od początku roku 2017.

Rozporządzenie w istotny sposób rozszerza prawną regulację świadczenia usługi dostępu do Internetu. Jest przejawem narastającej tendencji do regulowania w sektorze telekomunikacyjnym niektórych usług w sposób bezpośredni ze szczebla unijnego. Pierwszym tego rodzaju aktem było rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie rozdzielonego dostępu do pętli lokalnej². Nie odegrało ono jednak większej roli i szybko zostało zastąpione odpowiednimi postanowieniami dyrektyw o łączności elektronicznej. Największe znaczenie w sektorze telekomunikacyjnym mają rozporządzenia unijne dotyczące roamingu wewnątrzunijnego. Rozporządzenie 2015/2120 rozszerza to podejście na usługę dostępu do Internetu, której znaczenie pod każdym względem nieustannie wzrasta. O ile w przypadku roamingu wewnątrzunijnego krąg przedsiębiorców realizujących przepisy unijne jest stosunkowo wąski, o tyle w przypadku usługi dostępu do Internetu są to w Polsce setki przedsiębiorców o bardzo zróżnicowanym zakresie działania. Znacznie bardziej zróżnicowana jest także zbiorowość użytkowników usługi. Obok indywidualnych użytkowników końcowych, w przypadku tej usługi występuje bardzo zróżnicowana kategoria dostawców treści, aplikacji i usług dostępnych w sieci, które są oferowane użytkownikom z wykorzystaniem dostępu do Internetu. Zapewnienie jednolitego stosowania rozporządzenia 2015/2120 w takich warunkach jest znacznie trudniejsze niż w przypadku rozporządzeń dotyczących roamingu wewnątrzunijnego.

II. Rozporządzenie UE jako źródło prawa

Zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Rozporządzenia mają jednoznacznie normatywny charakter. Wiążą nie tylko co do celu, który należy osiągnąć, lecz także w sprawie wyboru formy działania i środków jego osiągnięcia. Adresatami norm wynikających z rozporządzeń są nie tylko państwa członkowskie, lecz także przedsiębiorstwa, obywatele i inne podmioty prowadzące działalność na terenie UE. Rozporządzenie bezpośrednio staje się częścią krajowego systemu prawnego bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek czynności transpozycyjnych i wywiera skutki bezpośrednie w stosunku do wszystkich adresatów. Rozporządzenie może jednak przewidywać wydanie przepisów wykonawczych, zarówno przez organy unijne, jak i przez władze państw członkowskich. W szczególności, państwa członkowskie mogą być zobowiązane do ustanowienia sankcji na wypadek naruszenia rozporządzenia. Rozporządzenie wymaga jedynie opublikowania w Dzienniku Urzędowym UE, nie ma wymogu krajowej publikacji. Osoby, których prawa i obowiązki są określone rozporządzeniem mogą się na nie bezpośrednio powoływać.

Rozporządzenie 2015/2120 zostało już w krajowym porządku prawnym opatrzone sankcjami, zgodnie z art. 6 tego aktu, który wymaga ustanowienia przez państwa członkowskie sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających. Sankcje te polegają na dodaniu punktu 29a w art. 209 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego (dalej: Pt), który przewiduje nałożenie kary pieniężnej do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym, jeżeli podmiot

² Dz. Urz. L 336/4, 30.12.2000.

ten nie wypełnia obowiązków określonych w art. 3, art. 4 i art. 5 ust. 2 rozporządzenia 2015/2120. Jednocześnie w art. 192 ust. 1 Pt dodano pkt 5aa) zaliczający do zakresu działania Prezesa UKE realizację obowiązków nałożonych na krajowy organ regulacyjny i kontrolowanie realizacji pozostałych obowiązków, wynikających z przepisów rozporządzenia 2015/2120. Obowiązki pozostałe to właśnie obowiązki związane z dostępem do otwartego Internetu, gdyż sprawy egzekwowania obowiązków dotyczących roamingu wewnątrzunijnego już znacznie wcześniej zostały zaliczone do zakresu działania Prezesa UKE. Przepisy art. 192 Pt mają to znaczenie, iż z powołaniem na swoje zadania określone w tych przepisach Prezes UKE może żądać dostarczenia informacji na podstawie art. 6 ust. 1 Pt.

Rozporządzenie 2015/2120 rozszerza obowiązki wynikające z dyrektyw o łączności elektronicznej w stosunku do jednej z usług łączności elektronicznej, jaką jest usługa dostępu do Internetu. Pojęcia zdefiniowane w dyrektywie ramowej 2002/21/WE i występujące w rozporządzeniu mają być stosowane zgodnie z definicjami zawartymi w tej dyrektywie. Dotyczy to takich pojęć, jak sieć łączności elektronicznej, usługa łączności elektronicznej, użytkownik końcowy, konsument czy krajowy organ regulacyjny. Rozporządzenie odsyła głównie do postanowień dyrektywy ramowej 2002/21/WE oraz dyrektywy 2002/22/WE o usłudze powszechnej. W odniesieniu do dyrektywy 2002/22/WE o usłudze powszechnej, w art. 4 ust. 3 rozporządzenia podkreślono, że rozporządzenie stanowi uzupełnienie wymogów ustanowionych w tej dyrektywie, co powoduje, że szereg obowiązków dostawców usługi internetowej jest określonych łącznie przepisami obydwu aktów.

Spójnemu stosowaniu rozporządzenia mają służyć wytyczne wydane przez Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC). Wydanie wytycznych przewiduje art. 5 ust. 3 rozporządzenia. Zostały one opublikowane 30 sierpnia 2016 r. Wytyczne formalnie dotyczą jedynie realizacji obowiązków krajowych regulatorów w zakresie nadzoru i egzekwowania obowiązków dostawców usługi dostępu do Internetu. W praktyce mają one znacznie większe znaczenie przez to, że szczegółowo interpretują przepisy rozporządzenia, wskazują najbardziej efektywne sposoby ich wykonania, a także identyfikują wiele zakazanych praktyk dostawców usług.

Charakter prawny ustaleń zawartych w wytycznych określa rozporządzenie 1211/2009 ustanawiające BEREC³. Zgodnie z art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia krajowe organy regulacyjne i Komisja w najwyższym stopniu uwzględniają wszelkie opinie, zalecenia, wytyczne, rady lub najlepsze praktyki regulacyjne przyjęte przez BEREC. Z kolei motyw 19 rozporządzenia 2015/2120 wskazuje, że prowadząc działania na podstawie rozporządzenia „krajowe organy regulacyjne powinny w jak największym zakresie uwzględniać stosowne wytyczne opracowane przez BEREC”. Wytyczne mają charakter niewiążący. Ponieważ są kierowane do organów regulacyjnych, przedsiębiorcy mogą w przypadku sporów powoływać się na uzasadnione oczekiwanie, iż regulator rozstrzygnie zgodnie z wytycznymi BEREC. Nie wyklucza to odstąpienia od wytycznych, ale każdorazowo takie odstąpienie wymaga bardzo gruntownego uzasadnienia przez organy regulacyjne. Wytyczne nie wiążą sądów rozstrzygających kwestie sporne, ale siła autorytetu BEREC ma istotne znaczenie również dla organów sądowych. Złożoność podstaw prawnych związanych ze stosowaniem rozporządzenia zwiększają zawarte w wytycznych odesłania do innych dokumentów BEREC

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1211/2009 z dnia 25.11.2009 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) oraz Urząd (Dz. U. UE L 337/1, z 18.12.2009)

opublikowanych w latach 2011–2012, które zawierają praktyczne analizy i wskazówki dotyczące realizacji zasady neutralności sieci.

III. Neutralność sieci jako podstawa otwartego Internetu

Rozporządzenie w sprawie dostępu do otwartego internetu jest finałem prac Komisji Europejskiej oraz BEREC dotyczących neutralności Internetu. Cała dotychczasowa dyskusja oraz przedsięwzięcia podejmowane na szczeblu europejskim były prowadzone pod hasłem neutralności sieci Internet, wyeksponowanym po raz pierwszy w deklaracji Komisji Europejskiej w sprawie neutralności sieci z 2009 roku⁴. Jest wiele określeń neutralności sieci (Marcus i in., 2011, s. 17), ale poza historycznym opisem tego zjawiska przez T. Wu (2003, s. 141 i n.), szczególnie często przywoływane jest stanowisko BEREC wyrażone w konsultacjach dotyczących otwartego Internetu i neutralności sieci zorganizowanych przez Komisję Europejską. BEREC określił neutralność sieci jako traktowanie całego ruchu przesyłanego w sieci Internet w sposób równy. Równe traktowanie oznacza, że ruch jest przesyłany niezależnie od zawartości, rodzaju aplikacji, usługi, wykorzystywanego urządzenia, adresu nadawcy czy odbiorcy, co z kolei oznacza, że ruch jest transmitowany niezależnie od użytkownika i dostawcy treści, aplikacji i usług (BEREC, 2010, s. 2–3). Sprawie neutralności sieci poświęcono szereg opracowań (Wu, 2003; Marsden, 2010; Werbach, 2009), również w naszej literaturze (Nałęcz, 2015, s. 26).

Pakiet dyrektyw zmieniających dyrektywę o łączności elektronicznej z 2009 roku zawierał już pewne rozstrzygnięcia dotyczące zasady neutralności sieci, choć samo pojęcie nie pojawiło się jeszcze w tych dokumentach. Na poziomie celów regulacji wskazano, iż należy wspierać zdolność użytkowników do dostępu do informacji oraz ich rozpowszechniania lub korzystania z dowolnych aplikacji i usług (art. 8 ust. 4 lit. g dyrektywy ramowej). Postęp w zakresie realizacji zasady neutralności sieci przyniosły zmiany dotyczące transparentności umów wynikające z art. 20 dyrektywy 2002/22/WE o usłudze powszechnej. Motyw 28 dyrektywy zmieniającej⁵ wymagał, aby to użytkownicy końcowi decydowali jakie treści chcą przesyłać i otrzymywać oraz z jakich usług, programów, sprzętu i oprogramowania chcą w tym celu korzystać. Dlatego użytkownicy powinni być w każdym przypadku w pełni informowani o wszelkich warunkach ograniczających korzystanie z usług łączności elektronicznej wprowadzanych przez dostawcę usług lub sieci.

Równolegle prowadzone były przez Komisję Europejską i BEREC prace nad rozpoznaniem głównych problemów związanych z neutralnością sieci i przygotowaniem rozwiązań zapewniających realizację tej zasady. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę na przejrzystość warunków dotyczących możliwości korzystania z treści, aplikacji i usług dostępnych w Internecie oraz na jakość usługi. W wytycznych w sprawie przejrzystości w zakresie neutralności sieci z 2011 roku BEREC podjął próbę opracowania trzech zagadnień (BEREC, 2011a). Po pierwsze, rodzajów informacji, jakie powinny być przekazane poszczególnym kategoriom użytkowników końcowych – konsumentom, przedsiębiorcom oraz innym użytkownikom instytucjonalnym, a także dostawcom zawartości przesyłanej w sieciach, tak aby podmioty te mogły dokonywać wyboru usługi na

⁴ Commission declaration on net neutrality (2009/C 308/02), Dz. U. C 308/2, 18.12.2009.

⁵ 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. U. L 337/11, 18.12.2009).

podstawie odpowiednich przesłanek. Po drugie, sposobów przekazywania informacji użytkownikom. Po trzecie, sposobów weryfikacji przez użytkowników cech wykorzystywanych usług oraz badania przez organy regulacyjne danych przekazywanych przez dostawców usługi. Główne ustalenia zawarte w tym dokumencie BEREC zostały wykorzystane przy opracowywaniu wytycznych z 2016 r. dotyczących wykonywania rozporządzenia.

Druga kwestia w zakresie neutralności sieci podjęta przez BEREC dotyczyła jakości usługi. Raport BEREC na temat związków jakości usługi z realizacją zasady neutralności sieci (BEREC, 2011) dotyczył głównie sposobu realizacji przepisów art. 22 dyrektywy 2002/22/WE o usłudze powszechnej dotyczących wyznaczania i monitorowania jakości usług oraz informowania użytkowników o poziomie tej jakości. Analizowano w nim problem ochrony jakości usługi dostępu do Internetu realizowanej na zasadzie *best effort* w związku z uruchamianiem usług specjalistycznych, które korzystają z gwarancji jakości. Zidentyfikowano główne cechy jakościowe usługi dostępu do Internetu i omówiono zasady dotyczące dokonywania pomiarów jakości tej usługi. Skupiono uwagę na trzech etapach interwencji podejmowanych w sprawach jakości usługi dostępowej: na identyfikacji warunków wymagających wyznaczenia minimalnych parametrów jakościowych usługi dostępowej, sposobie wyznaczania tych parametrów i monitorowaniu ich osiągnięcia.

Trzeci kierunek wspólnych prac Komisji Europejskiej i BEREC, bardziej jednak o charakterze badawczym, dotyczył metod zarządzania ruchem w sieci Internet. Metody zarządzania ruchem mogą bowiem być źródłem praktyk naruszających neutralność sieci poprzez nierówne i dyskryminujące traktowanie niektórych treści, aplikacji lub usług. Raport BEREC w tej sprawie (BEREC, 2012) przedstawił stan środków zarządzania ruchem opartych na restrykcjach (blokowaniu lub spowalnianiu) w stosunku do niektórych usług i aplikacji (*peer-to-peer*, VoIP), sposób stosowania limitów danych, środków zapobiegających przeciążeniom sieci oraz traktowania usług specjalistycznych. Raport odzwierciedlał stan praktyki zarządzania ruchem, gdyż był oparty na informacjach od wielu operatorów europejskich eksploatujących sieci stacjonarne i ruchome. Z kwestią zarządzania ruchem związany jest także raport BEREC poświęcony praktykom dyferencjacji sposobu traktowania różnych rodzajów ruchu internetowego przez dostawców usługi dostępowej i wpływu tych praktyk na konkurencję ekosystemie internetowym (BEREC, 2012b). Był on odpowiedzią na coraz częstsze odchodzenie od transmisji na zasadzie *best effort* i oferowanie usług specjalistycznych generujących wyższe przychody dla dostawców usług transmisyjnych, często w związku z pionową integracją dostawców usług dostępowych oraz przedsiębiorców oferujących treści, aplikacje i usługi w sieci. Towarzyszy temu niejednokrotnie oferowanie użytkownikom ograniczonych, dobranych przez dostawcę zasobów Internetu (tzw. *walled gardens*), co podważa otwartość systemu i negatywnie wpływa na innowacyjność przedsiębiorców prowadzących działalność w cyberprzestrzeni. Analityczny charakter ma również raport BEREC w sprawie połączeń sieci internetowych (IP-interconnection), który, choć nie dotyczy bezpośrednio neutralności w relacjach z użytkownikami końcowymi oraz dostawcami treści, aplikacji i usług, to ukazuje wpływ warunków wymiany ruchu na zachowanie neutralności przez operatorów sieci dostępowych (BEREC, 2012a).

Mimo że całość wcześniejszych prac była prowadzona pod hasłem neutralności sieci, pojęcie to nie zostało użyte w rozporządzeniu. Motyw 2 rozporządzenia wskazuje jedynie, że środki przewidziane w rozporządzeniu są zgodne z zasadą neutralności technologicznej, która to zasada stała się podstawą całego pakietu dyrektyw o łączności elektronicznej z roku 2002. Rozporządzenie

realizuje zasadę „dostępu do otwartego internetu”, choć jej korzenie są niewątpliwie związane z koncepcją neutralności sieci. Wcześniejsze wytyczne i raporty BEREC dotyczące neutralności sieci stanowiły podstawę opracowania wytycznych z 2016 r. i są wielokrotnie przywoływane w tych wytycznych w celu uszczegółowienia lub zilustrowania ustaleń BEREC. Dlatego interpretacja rozporządzenia i stosowanie wytycznych BEREC z 2016 r. wymaga odwoływania się do tych dokumentów.

IV. Zakres stosowania rozporządzenia 2015/2120

Zakres zastosowania rozporządzenia wynika z przepisów określających adresatów praw i obowiązków określonych rozporządzeniem oraz przepisów określających usługi objęte tym aktem.

Dwie podstawowe grupy adresatów przepisów rozporządzenia, które są jednak nieco wewnętrznie zróżnicowane, to dostawcy usługi dostępu do Internetu oraz użytkownicy końcowi.

Dostawca usługi dostępu do Internetu nie został zdefiniowany w rozporządzeniu, ale w art. 2 zdefiniowano „dostawcę łączności elektronicznej dla ludności” oraz „usługę dostępu do internetu”, co łącznie pozwala na ustalenie, jakie podmioty mają na gruncie rozporządzenia status dostawcy usług dostępu do Internetu. Definicja dostawcy łączności elektronicznej dla ludności jest jednym z pojęć najgorzej przetłumaczonych w polskiej wersji językowej rozporządzenia, co w przypadku dosłownego stosowania mogłoby poważnie zakłócić prawidłowe stosowanie tego aktu. Sformułowanie „dla ludności” może wskazywać na podmiotowe ograniczenie, które nie obejmuje działalności prowadzonej dla zaspokojenia potrzeb instytucjonalnych użytkowników łączności elektronicznej, przedsiębiorców i innych jednostek organizacyjnych. To nieprawidłowo przetłumaczone sformułowanie pojawia się w wielu motywach i przepisach rozporządzenia, utrudniając ich prawidłową interpretację. Dopiero część definiująca (*definiens*) i porównanie z innymi wersjami językowymi wyjaśnia treść tego wyrażenia w sposób odpowiadający intencji prawodawcy unijnego. Na tej podstawie można stwierdzić, iż chodzi o dostawcę usług dostępnych dla „ogółu” czy też „ogółu użytkowników”.

Dostawca łączności elektronicznej w rozumieniu rozporządzenia prowadzi działalność tylko w zakresie publicznej łączności elektronicznej. Dlatego usługi dostępu do Internetu świadczone w sieciach niepublicznych nie są objęte przepisami rozporządzenia. Ocena charakteru sieci łączności elektronicznej następuje na gruncie definicji publicznej sieci łączności w art. 2 lit. d dyrektywy ramowej. Rozporządzenie nie daje wskazówek, w jaki sposób należy oceniać czy usługa dostępu do Internetu jest publicznie dostępna. Publiczna dostępność usługi nie jest także wyjaśniona ani w dyrektywie ramowej, ani w dyrektywach szczegółowych. Dlatego ciężar uregulowania tej sprawy przesuwają się na prawo krajowe. Projekt wytycznych BEREC wskazuje jedynie, że usługami publicznie dostępnymi są takie usługi, które nie są oferowane tylko dla określonej z góry grupy (*pre-determined group*) użytkowników końcowych, ale zasadniczo dla każdego klienta, który zamierza zawrzeć umowę. W ustawie Płt występuje pojęcie publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, które oznacza usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników (art. 2 pkt 31 Płt). Podstawowe znaczenie dla ustalenia zakresu usług publicznie dostępnych ma wyrażenie „ogół użytkowników”. Nie każde ograniczenie potencjalnego kręgu użytkowników końcowych przez dostawcę usług prowadzi do pozbawienia usługi publicznego charakteru. Z oczywistych względów nie narusza publicznego charakteru usługi ustalenie ograniczonego obszaru, na którym usługi są

oferowane. Nie narusza go również określenie warunków, które musi spełnić usługobiorca w celu zawarcia z nim umowy, jeżeli warunki te są ustalone jednolicie dla usługobiorców i są uzasadnione charakterem usług, nawet jeżeli skutkiem tych warunków jest zawężenie potencjalnego kręgu użytkowników. Nie narusza publicznego charakteru usługi dostępu do Internetu skierowanie oferty tylko do przedsiębiorców lub tylko do konsumentów albo do innej odpowiednio szerokiej kategorii użytkowników końcowych. Usługa uzyskuje charakter niepubliczny dopiero w przypadku przyjęcia wąskiego, trwale ustalonego i stosowanego kryterium podmiotowego, które wyznacza krąg potencjalnych użytkowników końcowych. Może to nastąpić szczególnie w przypadku, gdy warunkiem korzystania z usług jest pozostawanie w innym trwałym stosunku prawnym z dostawcą usług internetowych, jeżeli ten dodatkowy stosunek nie może być swobodnie nawiązany przez każdy podmiot zainteresowany uzyskaniem usług dostępu do Internetu (np. stosunek najmu powierzchni biurowej lub handlowej w określonym obiekcie). Za niepublicznym charakterem usługi może także przemawiać dostosowanie usługi do szczególnych potrzeb zamkniętego kręgu użytkowników, np. specjalne szyfrowanie treści przekazów. Wytyczne BEREC potwierdzają takie podejście, wskazując, że przy ocenie charakteru usługi należy uwzględnić rodzaj stosunku umownego pomiędzy dostawcą i użytkownikiem, krąg użytkowników oraz to czy jest on z założenia ograniczony.

Niewątpliwie, w zakresie usługi dostępu do Internetu występują usługi niepubliczne, które nie są objęte rozporządzeniem. Dotyczy to szczególnie niepublicznych usług WiFi, świadczonych za pomocą tzw. hotspotów na terenie (w budynkach) instytucji, zajmujących się działalnością inną niż telekomunikacyjna (centrów handlowych, obiektów służby zdrowia, restauracji, banków itp.). Problem pojawia się wówczas, gdy podmiot udostępniający usługę jest przedsiębiorcą oraz udostępnia usługę we własnym imieniu. Jeżeli podmiot udostępniający nie jest przedsiębiorcą (np. szkoła wyższa, biblioteka), wówczas wykluczenie udostępnianego świadczenia z zakresu publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, a w konsekwencji z zakresu publicznie dostępnej usługi dostępu do Internetu, następuje w związku z brakiem cechy zarobkowego charakteru działalności, a także na podstawie kryterium podmiotowego, gdyż podmiot udostępniający usługę nie jest przedsiębiorcą. Jeżeli natomiast podmiot udostępniający usługę dostępową jest przedsiębiorcą, wówczas konieczna jest ocena czy usługa jest przeznaczona dla „ogółu użytkowników”. Na podstawie tego kryterium można wykluczyć z zakresu usług publicznie dostępnych usługi dostępu do Internetu zapewniane użytkownikom takich obiektów, jak hotele, restauracje, punkty handlowe lub usługowe, które są dostępne wyłącznie dla użytkowników (klientów) tych obiektów. Stan taki występuje niewątpliwie wówczas, gdy podmiot udostępniający zabezpiecza dostęp do usługi za pomocą hasła i loginu, powierzając te dane jedynie osobom pozostającym z nim w innym stosunku prawnym (np. umowy sprzedaży, umowy hotelowej). Warunkiem dostępu jest pozostawanie w takim odrębnym stosunku prawnym, a dostęp do Internetu ma dodatkowo zachęcić klienta do uczestnictwa w tym stosunku. Jeżeli podmiot zapewniający swoim klientom nie pobiera odrębnej opłaty w związku z możliwością korzystania z dostępu do Internetu, to dodatkowo przemawia za wyłączeniem takiego dostępu z režimu rozporządzenia. Jeżeli dostęp do Internetu na terenie takich obiektów, jak lotniska, dworce kolejowe itp. jest dostępny dla każdego, bez konieczności identyfikacji jako klient dysponenta obiektu, wówczas trudno byłoby zakwestionować publiczną dostępność usługi za pomocą kryterium przeznaczenia „dla ogółu” (Siwicki, 2011, s. 123). Jeżeli jednak dostęp internetowy jest udostępniany nieodpłatnie, można zakwestionować zarobkowy

charakter takiego dodatkowego świadczenia, a w konsekwencji traktowanie go jako usługi w rozumieniu rozporządzenia. To również pozwalałoby na wyłączenie świadczenia dostępowego z reżimu rozporządzenia. W praktyce, charakter nieodpłatnego dostępu do Internetu, zapewnianego na terenie obiektów publicznie dostępnych przez administratorów tych obiektów wymaga indywidualnego badania z wykorzystaniem przedstawionych wyżej kryteriów. Wytyczne BEREC wskazują, iż dostęp do Internetu zapewniany przez kawiarnie i restauracje należy uznać za usługę niepubliczną. Taki charakter ma również dostęp do Internetu zapewniany pracownikom instytucji lub innym osobom związanym z przedsiębiorstwem lub instytucją. BEREC zastrzega się jednak, iż kwestia ta musi być oceniana na gruncie konkretnego przypadku i praktyki krajowej przez regulatora.

Definicja usługi dostępu do Internetu odwołuje się do definicji usługi łączności elektronicznej, która „oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem”. Kryterium wynagrodzenia będzie zatem służyć do ustalenia usług dostępu do Internetu podlegających przepisom rozporządzenia. W związku z brakiem zarobkowego charakteru nie stanowi usługi dostępu do Internetu umożliwienie przez użytkownika końcowego korzystania z dostępu poprzez jego niezabezpieczony ruter bezprzewodowy lub punkt WiFi.

Nie jest objęty przepisami rozporządzenia dostęp do Internetu w sieci wewnętrznej (prywatnej), czyli w sieci eksploatowanej przez podmiot wyłącznie na własne potrzeby. Użytkownikami takiej sieci są pracownicy, funkcjonariusze urzędu, uczniowie, studenci w szkole wyższej. Takie wykorzystanie telekomunikacji nie stanowi usługi, gdyż dostęp do Internetu jest przeznaczony do realizacji zadań danej jednostki.

Nie ma również wątpliwości, że przepisów rozporządzenia nie stosuje się do usług transmisyjnych o charakterze międzyoperatorskim, świadczonych na podstawie umów o połączeniu sieci (tranzytu ruchu IP, wymiany ruchu IP), choć wytyczne BEREC wymagają badania czy praktyki stosowane w ramach takiej współpracy między przedsiębiorcami nie prowadzą do obchodzenia przepisów rozporządzenia.

W Polsce trudnym zagadnieniem interpretacyjnym będzie ocena statusu dostępu realizowanego z wykorzystaniem hotspotów publicznych, eksploatowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, służących do udostępniania nieodpłatnego dostępu do sieci Internet (np. w centrach miast, w lokalizacjach turystycznych itp.). Prezes UKE stwierdził, że taka działalność jednostek samorządu terytorialnego nie jest działalnością zarobkową, a w konsekwencji – nie jest działalnością gospodarczą⁶. Zatem podmiot ją wykonujący nie musi spełniać obowiązków dotyczących przedsiębiorców telekomunikacyjnych (konkretnie w zakresie retencji danych). Argumentacja ta wskazuje, iż dostęp do Internetu zapewniany bezpłatnie, za pośrednictwem hotspotów, przez jednostki samorządu terytorialnego nie stanowi usługi telekomunikacyjnej (usługi łączności elektronicznej), a w szczególności usługi dostępu do Internetu.

Ustalenie kręgu podmiotów, których prawa i obowiązki objęte są przepisami rozporządzenia jest po stronie użytkowników końcowych znacznie prostsze. W świetle rozporządzenia odbiorcami usług są użytkownicy końcowi, w tym konsumenci. Bezpośrednio ma tu zastosowanie definicja z art. 2 lit. n dyrektywy ramowej, zgodnie z którą „użytkownik końcowy” oznacza użytkownika, który nie udostępnia publicznych sieci łączności ani publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej. Niektóre przepisy rozporządzenia (np. art. 4 ust. 4 o dochodzeniu roszczeń z powodu

⁶ Komunikat Prezesa UKE z 1.4.2011. Pozyskano z: https://uke.gov.pl/sprawy_obronne/hotspot-retencja.

niedostatecznej jakości usług) mają zastosowanie tylko do konsumentów. Do kategorii użytkowników końcowych zalicza się również dostawców treści, aplikacji i usług. To kategoria podmiotów występuje w przepisach rozporządzenia tylko w art. 3 ust. 5, nie została zdefiniowana, ale dotyczą jej wielokrotnie powtarzane w rozporządzeniu sformułowania o treściach, aplikacjach i usługach. Dostawcy tych dóbr występują w rozporządzeniu przede wszystkim jako szczególna kategoria użytkowników końcowych. Dostawcy treści, aplikacji i usług ze względu na potrzeby związane z ich dostarczaniem mogą się angażować w prowadzenie działalności telekomunikacyjnej. Najbardziej typowym zjawiskiem jest eksploatowanie własnej sieci służącej do zapewnienia styku z siecią Internet, w celu optymalnego dostarczenia zawartości do publicznego Internetu albo korzystanie z takich wyspecjalizowanych sieci innych podmiotów (tzw. sieci CDN – *Content Delivery Networks*).

V. Usługa dostępu do Internetu a usługa specjalistyczna i sub-internetowa

Przedmiotem regulacji jest usługa dostępu do Internetu zdefiniowana w art. 2 rozporządzenia jako publicznie dostępna usługa łączności elektronicznej, która zapewnia dostęp do Internetu, a tym samym łączność z praktycznie wszystkimi zakończeniami sieci Internetu, bez względu na stosowaną technologię sieci i urządzenia końcowe. Poza tym, rozporządzenie dotyczy tzw. usług niebędących usługami dostępu do Internetu, które w wytycznych BEREC określane są jako usługi specjalistyczne. W wytycznych BEREC występuje dodatkowo pojęcie usług sub-internetowych.

Przepis art. 3 ust. 5 rozporządzenia posługuje się określeniem „usług niebędących usługami dostępu do Internetu”. Wytyczne BEREC zastępują to określenie, niewątpliwie kłopotliwe do wykorzystania pod względem językowym, pojęciem „usług specjalistycznych” (*specialised services*). Celowość i skutki tego zabiegu nie są obojętne dla interpretacji rozporządzenia. Określenie zawarte w rozporządzeniu podkreśla odmienność tych usług, a w konsekwencji wyłączenie ich z zakresu stosowania rozporządzenia. Pojęcie usług specjalistycznych, dodatkowo doprecyzowywane przez BEREC w wytycznych, jest wykorzystywane do określenia sposobu wykonywania monitoringu i nadzoru na świadczeniu tych usług. Dostawcami usług specjalistycznych mogą być trzy kategorie podmiotów: dostawcy usług łączności elektronicznej dla ludności, dostawcy usługi dostępu do Internetu, a także dostawcy treści, aplikacji i usług, czyli użytkownicy końcowi. Ta trzecia kategoria dostawców usług specjalistycznych musi korzystać z pośrednictwa jednego z pozostałych podmiotów, do których skierowane są wymagania związane z dopuszczeniem usługi specjalistycznej do sieci internetowej.

Podstawowym czynnikiem wyróżniającym usługę specjalistyczną jest szczególny poziom jakości usługi transmisyjnej wymaganej do świadczenia usługi specjalistycznej. Poziomem odniesienia jest poziom jakości usługi dostępowej określany jako transmisja na zasadzie najlepszego starania (*best effort*). Przepis art. 3 ust. 5 wymaga, aby usługa specjalistyczna była usługą inną niż usługa dostępu do Internetu. Nie oznacza to jednak, że usługa specjalistyczna nie może mieć żadnego elementu wspólnego z usługą dostępową. Obydwie usługi są usługami telekomunikacyjnymi, obydwie polegają na transmisji danych, obydwie wykorzystują technologię IP, co więcej z reguły są świadczone z wykorzystaniem tej samej infrastruktury dostępowej (łącza). Dlatego wymóg odmienności w praktyce ogranicza się do kwestii jakości obydwu usług. Kolejny element charakteryzujący usługę specjalistyczną dotyczy zoptymalizowania jakości dla określonej treści,

aplikacji lub usługi. Ze sformułowania o optymalizowaniu jakości wynika, że istotna jest nie tyle bezwzględna różnica między jakością usługi dostępowej a jakością usługi wyspecjalizowanej, co optymalizacja poziomu jakości dla konkretnej zawartości. Jakość musi być zoptymalizowana dla konkretnej zawartości i jednocześnie wyższa niż jakość możliwa do osiągnięcia w ramach usługi dostępowej w danej sieci. Ostatnim warunkiem uznania usługi za usługę specjalistyczną jest powód optymalizacji jakościowej. Musi być ona obiektywnie konieczna. Nie wystarcza zatem ponoszenie jakości usługi ze względów handlowych czy konkurencyjnych. Wymagana jest obiektywna konieczność optymalizacji jakości, czyli doboru parametrów, takich jak prędkość, opóźnienie, zmienność opóźnienia lub utrata pakietów.

Ponieważ usługi specjalistyczne nie podlegają wymaganiom rozporządzenia, to przedsiębiorcy telekomunikacyjni ze szczególną uwagą analizują zakres tego rodzaju usług. Ani rozporządzenie, ani wytyczne BEREC nie zawierają listy usług specjalistycznych. Podawane są jednak typowe przykłady takich usług albo też dziedziny, w których tego rodzaju usługi mogą mieć uzasadnienie. W wytycznych BEREC wskazano usługę VoLTE (*Voice over LTE*), czyli usługę głosową w realizowaną w technologii IP, która na skutek wykorzystania transmisji w standardzie LTE charakteryzuje się bardzo szybkim zestawianiem połączenia do abonenta wywoływanego, wyraźnie wyższą jakością przekazu głosu, m.in. na skutek przekazywania szerszego zakresu tonów niskich i wysokich. Innym przykładem wymienionym przez BEREC jest linearna usługa telewizyjna w standardzie IPTV w szczególnym standardzie jakościowym. Wskazuje się również takie dziedziny, jak usługi ochrony zdrowia realizowane w czasie rzeczywistym. Rozporządzenie wymienia natomiast w motywie 16 „niektóre usługi świadczone w interesie publicznym”, jednak bez bliższego określenia oraz nowe usługi łączności między urządzeniami (*machine-to-machine communications services*). Szczególnie ten ostatni przykład usługi specjalistycznej będzie miał duże znaczenie dla rozwoju usług „Internetu rzeczy” (IoT – *Internet of Things*), które wymagają komunikowania o wysokim poziomie jakościowym między ściśle określonymi zakończeniami sieci (np. między czujnikiem a urządzeniem przetwarzającym wyniki pomiarów). Wyższe prawdopodobieństwo występowania uzasadnień dla świadczenia usług specjalistycznych występuje, zdaniem BEREC, w przypadku usług świadczonych klientom instytucjonalnym (np. usługa sieciowa VPN – *Virtual Private Network*).

Rozporządzenie wskazuje kilka warunków, których spełnienie jest konieczne dla wykazania legalności usługi specjalistycznej. Podstawowy warunek dotyczy wystarczającej pojemności sieci Internet do świadczenia takiej usługi, poza usługą dostępu do Internetu. Wymóg ten dotyczy sieci dostawcy usługi dostępowej, a nie całego publicznego Internetu, nad którym dostawca nie ma kontroli. Drugi warunek legalności usługi specjalistycznej dotyczy jej nieprzydatności jako substytutu usługi dostępu do Internetu. Wymóg ten wytyczne BEREC wyprowadzają z warunku, iż usługa specjalistyczna nie może być wykorzystywana jako substytut usługi dostępowej. Trzeci warunek legalności usługi specjalistycznej dotyczy jej wpływu na usługę dostępową. Usługa specjalistyczna nie może ograniczać dostępności usługi dostępowej dla użytkowników końcowych. Kolejny, istotny warunek jest związany z zakazem negatywnego wpływu usługi specjalistycznej na ogólną jakość usługi dostępu do Internetu. Uruchomienie usługi specjalistycznej, która konkuruje z usługą dostępową o pojemność sieci nie może pogorszyć ogólnej jakości usługi dostępowej. BEREC w wytycznych formułuje dodatkowo warunek logicznego odseparowania łącza służącego

do świadczenia usługi specjalistycznej od łącza, którym dostarczana jest usługa dostępowa. Ostatni, bardzo ogólnie sformułowany warunek dopuszczalności usługi specjalistycznej dotyczy zakazu obchodzenia przepisów o środkach zarządzania ruchem poprzez wykorzystanie usług specjalistycznych.

Wytyczne BEREC wprowadzają dodatkowe pojęcie usług sub-internetowych (*sub-internet service*), które zawierają ograniczenia w dostępie do niektórych usług lub aplikacji (np. do VoIP) albo umożliwiają tylko dostęp do wydzielonej części Internetu. Koncepcja ta ma ułatwić stosowanie definicji usługi dostępu do Internetu (art. 2 pkt 2 rozporządzenia), zgodnie z którą usługa ta zapewnia łączność z praktycznie wszystkimi zakończeniami sieci Internetu, bez względu na stosowaną technologię sieci i urządzenia końcowe. Koncepcja ta występuje tylko w wytycznych BEREC, a zatem należy ją traktować bardziej jako instrument służący do wyjaśnienia treści rozporządzenia niż normatywnie wyodrębnioną kategorię usług. BEREC traktuje ograniczenia dostępności zakończeń sieci internetowej jako sprzeczne z rozporządzeniem wtedy, gdy są one wprowadzane zarówno wyłącznie środkami technicznymi, jak i środkami kontraktowymi przez dostawcę usługi dostępowej. BEREC uznaje, iż naruszają one przepisy art. 3 ust. 1–3 rozporządzenia. Nie stanowi takiego naruszenia świadczenie usługi z wykorzystaniem urządzenia końcowego, którego producent lub dostawca ustalił ograniczenia w zakresie dostępności zakończeń sieci Internetu lub rodzajów treści, aplikacji i usług. Pojęcie usługi sub-internetowej budzi wątpliwości praktyczne, ale może być ono użyteczne przy ocenie prawnej działań technicznych podejmowanych jednostronnie przez dostawcę usługi dostępowej lub narzucanych środkami kontraktowymi użytkownikowi końcowemu.

VI. Gwarancje dostępu do otwartego Internetu

Podstawowe znaczenie dla realizacji koncepcji otwartego Internetu mają przepisy art. 3 rozporządzenia, które określają uprawnienia użytkowników końcowych oraz zakazują stosowania uzgodnień umownych, a także praktyk handlowych dotyczących warunków finansowych i technicznych oraz takiej charakterystyki usługi, które ograniczają te uprawnienia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 użytkownicy końcowi mają prawo – za pomocą usługi dostępu do Internetu – do uzyskania dostępu do informacji i treści oraz do ich rozpowszechniania, a także do korzystania z wybranych aplikacji i usług oraz ich udostępniania, jak również do korzystania z wybranych urządzeń końcowych, niezależnie od lokalizacji użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też od lokalizacji, miejsca pochodzenia lub miejsca docelowego informacji, treści lub usługi. Warunkiem wstępnym korzystania z tego prawa jest nabycie usługi dostępowej. Nie jest to prawo podmiotowe o charakterze samoistnym, przysługujące każdemu, lecz prawo związane z korzystaniem z usługi dostępowej. Podmioty świadczące usługę są zobowiązane do zagwarantowania określonej funkcjonalności usługi.

Informacja, jako rodzaj zawartości rozpowszechnianej i dostępnej w sieci Internet, jest wymieniana w kilku motywach rozporządzenia (3, 6 i 7). Odrębne sformułowania dotyczące informacji rozpowszechnianej i dostępnej w sieci podkreślają pozagospodarcze aspekty związane z realizacją prawa podstawowego obywateli Unii Europejskiej do wolności wypowiedzi i informacji. Odróżnienie informacji od pozostałych rodzajów zawartości dostępnej w Internecie, w szczególności od „treści” jest zadaniem niełatwym. Informacja to szczególny rodzaj treści. Informacyjny

charakter mają nieodpłatnie udostępniane strony internetowe www, wizytówki przedsiębiorców i instytucji, serwisy przedsiębiorców i instytucji, strony Biuletynu Informacji Publicznej, fora dyskusyjne, blogi itp. Wydaje się, że prawodawca unijny przez pojęcie „treści” rozumie taką zawartość sieci, która stanowi głównie teksty, obrazy, dźwięki i podobne materiały mające walor informacyjny, edukacyjny, rozrywkowy, handlowy. Ponieważ obok treści występuje również kategoria „usług”, więc treści powinny stanowić zawartość udostępnianą nieodpłatnie. Z kolei, „aplikacje” to w rozumieniu rozporządzenia dostępne w sieci Internet programy, wykonywane przez urządzenia wykorzystywane do dostępu do Internetu, które służą do obsługi określonych funkcji, zadań, rodzajów aktywności użytkownika aplikacji. Główną cechą aplikacji, w rozumieniu, w jakim to pojęcie jest używane w rozporządzeniu, jest funkcjonalność. Aplikacje mogą być trwale zainstalowane w urządzeniu końcowym, którym posługuje się użytkownik (*embedded applications*) albo dostępne w sieci Internet (*web applications*). Usługi to kolejny rodzaj zawartości dostępnej w sieci Internet. Dla odróżnienia usług od pozostałych rodzajów zawartości najbardziej istotnym kryterium powinien być ich zarobkowy charakter. Rozgraniczenie usług i pozostałych rodzajów zawartości powinno być czytelniejsze z perspektywy użytkownika tych usług, który nabywa je od dostawcy, choć również część aplikacji jest odpłatna. Urządzenia końcowe są również objęte gwarancjami wynikającymi z art. 3 ust. 1 rozporządzenia. Użytkownicy końcowi powinni mieć swobodę w zakresie wyboru urządzeń końcowych wykorzystywanych do łączenia się z siecią. Z motywu 4 rozporządzenia wynika, że ograniczenia mogą wynikać z warunków sformułowanych przez producentów tych urządzeń lub ich dystrybutorów.

Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 podstawowe znaczenie dla korzystania z zawartości sieci ma wybór użytkownika końcowego. Wybór ten nie powinien być ograniczony czynnikami wymienionymi w art. 3 ust. 1, do których należą lokalizacja użytkownika końcowego lub dostawcy usług czy też lokalizacja, miejsce pochodzenia lub miejsce docelowe informacji, treści lub usługi. Sformułowanie dotyczące niezależności od lokalizacji użytkownika końcowego wskazuje, że prawo użytkownika końcowego, w tym prawo użytkownika końcowego będącego dostawcą zawartości w sieci Internet, jest niezależne od tego gdzie się oni znajdują, ale pod warunkiem, że znajdują się w zasięgu sieci, a zatem mogą korzystać z usługi dostępowej. W praktyce zatem, niezależność od lokalizacji realizowana jest tylko w tej lokalizacji, w jakiej znajduje się zakończenie sieci, z której mają prawo korzystać. Sformułowanie o niezależności realizacji prawa użytkownika końcowego o jego lokalizacji może podlegać ograniczeniom w radiowych sieciach dostępu, które wprawdzie obejmują określony obszar, ale konkretna fizyczna lokalizacja użytkownika końcowego może utrudniać korzystanie z usługi dostępowej. Niezależność od lokalizacji dostawcy oznacza, że dla zapewniania dostępu nie ma znaczenia siedziba dostawcy. W świetle rozporządzenia, dla wykonywania uprawnień przysługujących użytkownikowi końcowemu nie ma znaczenia czy dostawca udostępnia treści, aplikacje lub usługi ze swojej siedziby, czy z innego miejsca lub miejsc, w których faktycznie prowadzi działalność. W świetle rozporządzenia, różne lokalizacje dostawcy i jego produktów (serwerów, w których są przechowywane) nie mają wpływu na zakres praw użytkownika końcowego. Przepis art. 3 ust. 1 odróżnia lokalizację użytkowników końcowych i dostawców od lokalizacji zawartości. Lokalizacja informacji, treści, aplikacji lub usługi znajduje się w miejscu, w którym mieści się zakończenie sieci, do którego przyłączone jest urządzenie zawierające lub wytwarzające informacje, treści, aplikacje lub usługi. Lokalizacja

ta może się pokrywać z lokalizacją dostawcy, ale może oczywiście być inna. Żadne z rozwiązań lokalizacyjnych zastosowanych przez dostawcę zawartości nie eliminuje ani nie ogranicza prawa użytkownika do korzystania z zawartości.

Korelatem prawa użytkownika końcowego do korzystania z zawartości, niezależnie od jej lokalizacji, są obowiązki dostawcy usługi dostępowej związane z zapewnianiem łączności z praktycznie wszystkimi zakończeniami sieci Internet, a także z powstrzymaniem się od praktyk uniemożliwiających lub utrudniających takie korzystanie. Ostatni wskazany w art. 3 ust. 1 czynnik, który musi być traktowany w sposób całkowicie neutralny przez dostawcę usługi dostępowej, to miejsce pochodzenia oraz miejsce przeznaczenia zawartości. Oznacza to, że prawo użytkownika końcowego, w tym dostawcy zawartości do dostępu, rozpowszechniania, korzystania lub udostępniania nie może być ograniczane z powodu tego, skąd pochodzi zawartość przesyłana w ramach usługi ani dokąd jest ona transmitowana. Prawo użytkownika końcowego do korzystania z treści, niezależnie od lokalizacji, nie ogranicza swobody dostawców informacji, treści, aplikacji i usług w zakresie ustalania dostępności tej zawartości w zależności od lokalizacji użytkownika. Dostawca zawartości może stosować ograniczenia terytorialne, na przykład z powodu braku uprawnień majątkowych do eksploatacji utworów poza określonym terytorium, odmienności przepisów prawnych w poszczególnych państwach, ograniczeń w możliwościach realizowania płatności, przesyłania danych osobowych i z innych względów.

Przepis art. 3 ust. 2 zakazuje ograniczania praw użytkowników końcowych poprzez postanowienia umowne dotyczące warunków finansowych i technicznych oraz cech usług dostępu do Internetu, takich jak cena, ilości danych lub prędkości oraz jakiejkolwiek praktyki handlowe dostawców usług dostępu do Internetu. Motyw 7 rozporządzenia wskazuje, iż w celu wykonania przysługujących im praw użytkownicy końcowi powinni mieć swobodę dokonywania uzgodnień w sprawach stawek za określoną ilość danych i prędkość usługi dostępowej. Motyw ten podkreśla znaczenie swobody po stronie użytkownika końcowego, co jest istotne dla oceny warunków cenowych i przepływnościowych usługi swobodnie uzgodnionych przez użytkownika końcowego i dostawcę usług. Z motywu 7 wynika poważny argument za legalnością warunków cenowych, limitów danych i parametrów przepływnościowych uzgodnionych z zachowaniem pełnej swobody podejmowania decyzji po stronie użytkownika końcowego. Kwestia ta jest istotna ze względu na zawarty w art. 3 ust. 2 zakaz ograniczania korzystania przez użytkowników końcowych z ich praw określonych w ust. 1. Ścisłe językowa wykładnia omawianego przepisu wskazywałaby na niedopuszczalność takiego uzgodnienia, które ogranicza rodzaj treści, do których użytkownik ma dostęp albo wyklucza określone zakończenia sieci z dostępu. Taki kierunek wykładni budzi zastrzeżenia w tych przypadkach, gdy ograniczenia są oczekiwane przez użytkownika, na przykład ze względu na ochronę małoletnich (tzw. kontrola rodzicielska), przeznaczenie dostępu tylko do celów edukacyjnych lub z innych podobnych względów.

Zakazane są również praktyki handlowe naruszające prawa użytkowników końcowych. Jedną z najbardziej spornych praktyk jest tzw. *zero-rating*, czyli praktyka polegająca na niewliczaniu transmisji określonych treści, aplikacji lub usług do limitów transmisji danych stosowanych w sieciach ruchomych. Rozporządzenie nie zakazuje całkowicie *zero-ratingu*, choć najpowszechniej stosowane jego formy zostały zakwestionowane w wytycznych BEREC. W szczególności jednoznacznie kwestionuje się dopuszczalność praktyki polegającej na zablokowaniu lub spowolnieniu wszystkich

transmisji z wyjątkiem transmisji objętej praktyką *zero-ratingu* po osiągnięciu limitu danych przysługującego danemu użytkownikowi. W pozostałych przypadkach projekt wytycznych BEREC sugeruje analizę konkretnych przypadków, z uwzględnieniem pozycji rynkowej dostawcy usługi dostępowej oraz dostawcy zawartości objętej *zero-ratingiem*. Inna praktyka, która zdaniem BEREC narusza rozporządzenie dotyczy ograniczania możliwości wykorzystania różnych urządzeń końcowych (np. laptopa) przyłączonych do telefonu zapewniającego łączność z Internetem (tzw. *tethering*).

VII. Środki zarządzania ruchem

Korelatem praw użytkowników końcowych do dostępu do otwartego Internetu są obowiązki dostawców usługi internetowej w zakresie zarządzania ruchem w taki sposób, aby te uprawnienia nie były naruszane. Ze względu na ogromną różnorodność środków zarządzania ruchem, poza określeniem konkretnych nakazów i zakazów, zarówno rozporządzenie, jak i wytyczne BEREC zwracają uwagę na konieczność przeciwdziałania obchodzeniu praw użytkowników za pomocą praktyk zarządzania ruchem.

Podstawowa reguła wynikająca z art. 3 ust. 3 dotyczy równego i niedyskryminacyjnego traktowania wszystkich transmisji, bez ograniczania lub ingerencji, a wszelkie odstępstwa od tej zasady związane ze stosowaniem środków zarządzania ruchem podlegają ograniczeniom określonym w tym przepisie. Struktura tych uregulowań obejmuje podstawową zasadę równego traktowania i niedyskryminacji oraz ramy dla stosowania tzw. odpowiednich środków zarządzania ruchem oraz środków wykraczających poza środki odpowiednie, które dalej będą określane jako „środki wyjątkowe”.

1. Odpowiednie środki zarządzania ruchem

Obowiązek równego traktowania ruchu wzmocniony został wymaganiem, aby następowało to bez dyskryminacji. Zasada równego traktowania ma charakter pozytywny, określa sposób pożądanego zachowania. Powstrzymanie się od dyskryminacji dotyczy tego samego aspektu działań dostawcy, ale opisanego w sposób negatywny, w postaci zakazu zachowania dyskryminacyjnego. Dlatego sformułowanie o traktowaniu wszystkich transmisji danych (ruchu) równo, bez dyskryminacji należy traktować jako jeden obowiązek, odpowiednio dookreślony (por. Śledzińska-Siemion, 2011, s. 42). Wytyczne BEREC wyraźnie wskazują, że wymóg równego traktowania nie oznacza, iż każdy użytkownik końcowy będzie korzystał z takiej samej jakości usługi. Zdaniem BEREC wymóg równego traktowania jest zachowany mimo różnych opóźnień oraz ich zmienności, jeżeli tylko pakiety są przesyłane niezależnie od tego, kto jest nadawcą i odbiorcą oraz od rodzaju dostarczanej lub wykorzystywanej zawartości.

Zakaz ograniczania transmisji danych (ruchu) należy interpretować jako element równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na wskazane w przepisie cechy ruchu. Nie wolno ograniczać ruchu w zależności od jego nadawcy lub odbiorcy, a także udostępnionych lub wykorzystywanych treści, aplikacji lub usług, względnie wykorzystywanych urządzeń końcowych. Zakaz ingerencji oznacza niedopuszczalność interweniowania w transmisję danych na podstawie wskazanych wyżej cech tych danych.

Obowiązek zapewnienia równości, zakaz dyskryminacji, ograniczania ruchu i ingerencji w ruch muszą być interpretowane w związku z akapitem drugim w ust. 3, który legalizuje odpowiednie środki zarządzania ruchem. Aby środki te mogły być uznane za odpowiednie, muszą być przejrzyste,

niedyskryminacyjne i proporcjonalne oraz nie mogą być podyktowane względami handlowymi, lecz muszą opierać się na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii ruchu. Środki takie nie obejmują monitorowania konkretnych treści i nie mogą być utrzymywane dłużej, niż jest to konieczne. Główny problem, jaki stara się rozwiązać prawodawca unijny w przepisach o zarządzaniu ruchem dotyczy rozdzielenia tych środków zarządzania ruchem, które są konieczne do prawidłowego działania sieci i usług od środków, które naruszają otwartość Internetu. Wyróżniona w tym celu kategoria „odpowiednich środków zarządzania ruchem” ma wspierać efektywne wykorzystywanie zasobów sieciowych i optymalizację ogólnej jakości transmisji, co ma być odpowiedzią na obiektywne różnice w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie określonych kategorii transmitowanych danych. Ponieważ te same środki techniczne mogą być wykorzystane do celów aprobowanych przez prawodawcę unijnego oraz do celów sprzecznych z ideą otwartości Internetu, to wyróżnienie środków „odpowiednich” wymaga zastosowania dodatkowych kryteriów i ocen przewidzianych rozporządzeniem. Powinny one być „przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne”. Istotne jest również to z jakich powodów są wprowadzane. Nie mogą być podyktowane względami handlowymi, a powinny się opierać jedynie na obiektywnych różnicach w wymogach dotyczących technicznej jakości usług w zakresie ogólnych kategorii ruchu. Jak wynika z wytycznych BEREC, ciężar dowodu, iż środek jest uzasadniony spoczywa na dostawcy usługi.

Motyw 9 rozporządzenia potwierdza, że zakaz stosowania środków dyskryminacyjnych nie uniemożliwia stosowania środków zarządzania ruchem wprowadzających rozróżnienie pomiędzy obiektywnie różnymi kategoriami ruchu ze względu na wymaganą jakość techniczną usług. Rozporządzenie nie przeprowadza kategoryzacji ruchu ze względu na wymaganą jakość techniczną usług, a jedynie wskazuje niektóre cechy technicznej jakości usług, które mogą wpływać na wynik takiej kategoryzacji. Zadaniem przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest dokonanie takich rozróżnień, natomiast ich wynik i zastosowane środki zarządzania poszczególnymi kategoriami ruchu podlegają ocenie regulatora. Wytyczne BEREC tytułem przykładu wskazują grupę aplikacji wymagających obsługi w czasie rzeczywistym, które nie tolerują wysokich opóźnień. Inną grupę tworzą tradycyjne usługi internetowe, takie jak usługa poczty elektronicznej, usługa transmisji plików oraz usługa www, które nie wymagają obsługi w czasie rzeczywistym (*no real time*) i stosunkowo dobrze tolerują opóźnienia w transmisji pakietów, ale niekiedy (np. poczta elektroniczna) wymagają niskiego poziomu strat pakietów.

Zakazowi monitorowania konkretnych treści poświęcono cały motyw 10. Wynika z niego, że odpowiednie zarządzanie ruchem nie może polegać na stosowaniu technik umożliwiających monitorowanie konkretnych treści w ramach danych transmitowanych za pomocą usługi dostępowej. Widoczne jest, że prawodawca unijny przypisuje szczególne znaczenie temu zakazowi. Celem tego zakazu jest ochrona podstawowych wolności obywatelskich związanych z gromadzeniem i rozpowszechnianiem informacji.

2. Wyjątkowe środki zarządzania ruchem

Rozporządzenie przewiduje sytuacje szczególne wymagające niestandardowych przedsięwzięć. Takie działania, jak blokowanie, spowalnianie, zmienianie, ograniczanie, pogarszanie jakości lub faworyzowanie określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii nie są dozwolone, chyba że następuje to w wyniku zastosowania środków wyjątkowych, w celu

zapobieżenia działalności nielegalnej, na podstawie wyraźnego przepisu prawa, wyroku lub decyzji, jest niezbędne do zapewnienia integralności lub bezpieczeństwa sieci, usług i urządzeń użytkowników albo ma zapobiec przeciążeniom sieci (art. 3 ust. 3, akapit 3, lit. a-c).

Pierwszy wyjątek dopuszczający stosowanie środków wyjątkowych dotyczy przeciwdziałania prowadzeniu nielegalnej działalności w sieci, gdy jest to konieczne do zapewnienia zgodności z prawem UE, prawem krajowym opartym na prawie UE, orzeczeniami sądowymi lub decyzjami organów publicznych wykonującymi przepisy unijne lub krajowe. Obiektem przeciwdziałania może być zatem nielegalna zawartość zlokalizowana w urządzeniach przyłączonych do zakończeń sieci (np. pornografia dziecięca), a także nielegalne wykorzystanie transmisji do udostępniania zawartości (np. nielegalne udostępnianie filmów).

Środki wyjątkowe dotyczące integralności i bezpieczeństwa sieci, usług i urządzeń końcowych są stosowane obok dotychczasowych działań przewidzianych w rozdziale IIIa dyrektywy ramowej, poświęconych sprawom bezpieczeństwa i integralności sieci oraz usług. W ramach implementacji tych postanowień do prawa telekomunikacyjnego wprowadzono dział VIIa (art. 175–175e) dotyczący tych zagadnień.

Niewątpliwie większe praktyczne znaczenie mają środki wyjątkowe zapobiegające przeciążeniom sieci i łagodzące ich skutki. Kwestia przeciążeń sieci została uregulowana w akapicie 3 lit. c i obszernie omówiona w motywie 15 rozporządzenia. Rozporządzenie reguluje sprawę zapobiegania „grożącym przeciążeniom”, łagodzenie skutków przeciążenia „wyjątkowego lub tymczasowego” oraz określa ogólny warunek tych działań w postaci równego traktowania równoważnych rodzajów transferu danych. Przeciążenie powinno być przejściowym stanem sieci. Rozporządzenie nie przewiduje sytuacji, w której stosowane są środki przeciwdziałające stałym przeciążeniom sieci. Rozporządzenie wyróżnia szczególny rodzaj przeciążeń, jakimi są przeciążenia tymczasowe. Definicję przeciążeń tymczasowych zawiera motyw 15, zgodnie z którym są to konkretne krótkotrwałe sytuacje, w których nagły wzrost liczby użytkowników w stosunku do liczby użytkowników regularnych lub nagły wzrost zapotrzebowania na określone treści, aplikacje lub usługi, może doprowadzić do przekroczenia zdolności przesyłowej niektórych elementów sieci oraz sprawić, że pozostała część sieci będzie mniej reaktywna. Zasadniczą cechą przeciążeń tymczasowych jest to, że są one, przynajmniej częściowo, przewidywalne. Dostawca usługi dostępowej ma możliwość zidentyfikowania ogniw lub obszarów sieci, które najbardziej są narażone na takie przeciążenia. Cechą przeciążeń wyjątkowych, zgodnie z motywem 15, jest to, że są one nieprzewidziane i nieuniknione. Możliwe przyczyny takich sytuacji obejmują awarie techniczne, takie jak przestój w świadczeniu usługi z powodu uszkodzenia kabla lub innych elementów infrastruktury, nieplanowane zmiany w routingu danych lub duży wzrost transmisji danych w sieci ze względu na sytuacje nadzwyczajne lub inne okoliczności poza kontrolą dostawców usług dostępu do Internetu. Powtarzające się i długotrwałe przeciążenia sieci, które nie mają ani charakteru wyjątkowego, ani tymczasowego, nie powinny być objęte tym wyłączeniem, a raczej powinny być usuwane poprzez zwiększenie przepustowości sieci.

Konieczność stosowania środków wyjątkowych będzie oceniana w różnym trybie, gdyż okoliczności istotne dla takiej oceny mają różny charakter. Konieczność zapewnienia zgodności działalności prowadzonej w sieci z aktami prawnymi, decyzjami i wyrokami będzie oceniana w związku z ustanawianiem obowiązków dotyczących takiej aktywności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Środki utrzymujące integralność i bezpieczeństwo sieci, usług i urządzeń końcowych będą oceniane na gruncie rozporządzenia, w przypadku powstania sporów co do ich zasadności. Podobny charakter będzie miała ocena konieczności zastosowania takich środków w celu zapobieżenia lub łagodzenia skutków przeciążeń sieci.

Środki wyjątkowe mogą być stosowane tylko wówczas, gdy jest to konieczne. Będzie to uzależnione nie tylko od utrzymywania się okoliczności uzasadniających stosowanie środków wyjątkowych, ale także od możliwości technologicznych zapobiegania tym zjawiskom.

Środki wyjątkowe mogą polegać w szczególności na blokowaniu lub spowalnianiu ruchu. Blokowanie ruchu oznacza blokowanie pakietów konkretnej treści, aplikacji lub usługi, względnie określonej kategorii takiej zawartości na podstawie założonych kryteriów stanowiących podstawę kategoryzacji ruchu. Spowalnianie ruchu oznacza celową redukcję przepływności zapewnianej konkretnej treści, aplikacji lub usłudze albo określonej kategorii takiej zawartości. Nie można także wykluczyć stosowania innych środków zakazanych jako środki odpowiednie, ale dopuszczonych jako środki wyjątkowe. Zakaz monitorowania konkretnych treści przy stosowaniu odpowiednich środków zarządzania ruchem, zawarty w ust. 3 akapit 2, nie obowiązuje w odniesieniu do stosowania środków wyjątkowych. Szczególnie w przypadku środków wyjątkowych stosowanych w związku z wymogiem legalności (lit. a), środki muszą być skierowane przeciwko konkretnym treściom.

Wyjątkowe środki zarządzania ruchem mogą być stosowane tylko w przypadkach, gdy jest to konieczne i jedynie tak długo, jak jest to konieczne. Różne przyczyny stosowania środków wyjątkowych powodują, że okres ich stosowania może być bardzo zróżnicowany. Na przykład, zapewnienie legalności może wymagać permanentnego stosowania środków, o ile nielegalna działalność w sieci ma charakter trwały.

VII. Wymagania dotyczące umów i ochrony przed nienależytym wykonaniem usługi

Nowe wymagania dotyczące zawartości umów o świadczenie usługi dostępu do Internetu, zawarte w art. 4 ust. 1 rozporządzenia, obejmują jasne i zrozumiałe wyjaśnienie:

- a) w jaki sposób środki zarządzania ruchem mogłyby wpłynąć na jakość usług dostępu do Internetu, prywatność użytkownika końcowego i ochronę danych osobowych;
- b) w jaki sposób limity ilości danych, prędkość oraz inne parametry jakości usług mogą w praktyce wpłynąć na usługi dostępu do Internetu, a w szczególności na korzystanie z treści, aplikacji i usług;
- c) w jaki sposób usługi specjalistyczne, z których korzysta użytkownik końcowy, mogłyby w praktyce wpłynąć na usługi dostępu do Internetu;
- d) dotyczące minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w sieci stacjonarnej lub dotyczące szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w sieci ruchomej oraz tego, w jaki sposób znaczne odstępstwa od odpowiednich deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych mogłyby wpływać na korzystanie przez użytkowników końcowych z ich praw określonych w art. 3 ust. 1;
- e) jakie środki ochrony prawnej przysługują konsumentowi zgodnie z prawem krajowym w przypadku jakichkolwiek stałych lub regularnie powtarzających się rozbieżności pomiędzy

faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi a wykonaniem opisanym zgodnie z treścią tego przepisu.

Wymagane jest włączenie do umowy wszystkich powyższych informacji, a ponadto publikowanie ich przez dostawcę. Rodzaj tych informacji wskazuje, iż mają one zagwarantować potencjalnemu użytkownikowi końcowemu już w fazie przedkontraktowej odpowiednie warunki do podjęcia decyzji co do wyboru oferty i zawarcia umowy zgodnej z jego interesami i preferencjami. Część z tych postanowień, które informują potencjalnego użytkownika końcowego o sposobie wykonywania usługi i jej funkcjonalności, może być następnie wykorzystywana do egzekwowania oczekiwanego sposobu funkcjonowania usługi.

Rozporządzenie odnosi wymogi dotyczące zawartości do umowy, ale nie ulega wątpliwości, że pojęcie umowy obejmuje również wzorce umowne stosowane zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi. W zależności od tych przepisów wymagania określone w art. 4 ust. 1 rozporządzenia mogą być zrealizowane również poprzez odpowiednie ukształtowanie treści wzorców umownych, takich jak regulaminy, cenniki, warunki promocji itp.

Niewątpliwie największe konsekwencje praktyczne będzie miał wymóg wskazywania użytkownikowi kilku rodzajów prędkości charakteryzujących usługę, gdyż dane te będą mogły być podstawą zarzutów o nienależyte wykonanie usługi. W art. 4 ust. 1 lit. d jest mowa o minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkościach w sieci stacjonarnej oraz szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkościach w sieciach ruchomych.

Prędkość minimalna to najniższa wartość dotycząca prędkości, jaką dostawca usługi zobowiązuje się zapewnić użytkownikowi końcowemu. Powinna być ona określona w umowie oraz opublikowana przez dostawcę. Prędkość minimalna nie jest najniższą wartością, jaką dostawca w ogóle zapewnia, lecz najniższą wartością w ramach danej umowy. Ponieważ dostawca z reguły ma w swojej ofercie usługi o różnym poziomie jakościowym, to dla każdego z tych poziomów może wyznaczyć odrębnie prędkość minimalną. Prędkość faktycznie zapewniana nie powinna w zasadzie nigdy spadać poniżej ustalonej prędkości minimalnej. Wyjątki od tej zasady, jak wskazują wytyczne BEREC, są jednak stopniowalne. Prędkość minimalna nie dotyczy w ogóle przypadku, w którym świadczenie usługi dostępowej ulega przerwaniu. Prędkość faktyczna nie powinna spadać poniżej prędkości minimalnej znacząco, trwale lub regularnie. Wytyczne BEREC wskazują na możliwość ustalenia przez regulatora wymogu, aby prędkość minimalna pozostawała w uzasadnionej relacji do prędkości maksymalnej. Regulator mógłby przykładowo ustalić, iż prędkość minimalna nie może być niższa niż określona wartość procentowa prędkości maksymalnej.

Prędkość maksymalna jest prędkością, która powinna być możliwa do osiągnięcia w sieci dostawcy usługi, w ramach usługi nabytej przez użytkownika końcowego. Nie jest to prędkość, która w ogóle może być uzyskana w jego sieci, lecz usługa potencjalnie dostępna dla danej kategorii jakościowej usługi. Wytyczne BEREC wskazują, że osiągnięcie prędkości maksymalnej powinno być możliwe co najmniej raz w ciągu dnia. Prędkość zwykle dostępna to prędkość, której zgodnie z wytycznymi BEREC użytkownik końcowy powinien oczekiwać przez większość czasu korzystania z usługi. Oznacza to, że prędkość zwykle dostępna ma podstawowe znaczenie dla realizacji interesów użytkownika końcowego. Taką ocenę prędkości zwykle dostępnej potwierdza motyw 18 rozporządzenia. Motyw ten wskazuje na konieczność poinformowania użytkownika w umowie o prędkości, jaką dostawca jest w stanie faktycznie zapewnić. To określenie zostało

powiązane z prędkością zazwyczaj dostępną, będącą jedynym rodzajem prędkości, której w motywie 18 poświęcono odrębne wyjaśnienie. Jest to „prędkość, jakiej użytkownik końcowy może oczekiwać w większości przypadków podczas korzystania z usługi”. W przypadku tej prędkości BEREC wyraźnie zaznacza, że powinna być ona określona postaci liczbowej. Ustalona w umowie liczbowo prędkość jest jednym z wymiarów prędkości zwykle dostępnej. Drugi wymiar tej prędkości powinien wskazywać procentową dostępność tej szybkości w ustalonym okresie, którym mogą być godziny szczytowego obciążenia sieci lub okres całego dnia.

Prędkość „deklarowana” w polskiej wersji językowej rozporządzenia, odpowiada pojęciu prędkości reklamowanej (ang. *advertised*, niem. *beworbene*, fr. *annoncé*) w innych wersjach reklamowych. Również wytyczne BEREC podkreślają reklamowe czy marketingowe źródło ustaleń dotyczących tej prędkości. BEREC stwierdza, że jest to prędkość podawana w komunikatach handlowych, w tym w reklamie i marketingu dotyczącym promocji ofert usług dostępowych. Postanowienia rozporządzenia dotyczące prędkości deklarowanych (reklamowanych) nie oznaczają, zdaniem BEREC, że dostawca ma obowiązek reklamowania oferowanych prędkości.

W sieciach ruchomych przewidziano dwa rodzaje prędkości. Szacunkowa prędkość maksymalna powinna być określona w umowie oraz podana w informacji publikowanej przez dostawcę. Określenie tej prędkości powinno umożliwić użytkownikowi końcowemu zrozumienie, jaka jest możliwa realistycznie do osiągnięcia prędkość maksymalna w różnych lokalizacjach, z uwzględnieniem różnych, realnych okoliczności faktycznych korzystania z usługi. Szacunkowa prędkość maksymalna może być wskazywana oddzielnie dla różnych technologii sieciowych, które mają wpływ na prędkość transmisji uzyskiwaną przez użytkownika końcowego. Należy także uświadomić użytkownikom, iż na prędkość uzyskiwaną ma wpływ rodzaj wykorzystywanego urządzenia końcowego. Prędkość deklarowana (reklamowana) w sieci ruchomej, określona w umowie, powinna odzwierciedlać prędkość, jaką dostawca usługi jest w stanie realistycznie zapewnić użytkownikom. Choć jak podkreśla BEREC, wymagania dotyczące przejrzystości ustaleń dotyczących prędkości usługi dostępowej w sieci ruchomej są niższe niż w przypadku sieci stacjonarnej, to ustalenia dotyczące prędkości deklarowanej (reklamowanej) powinny pozwalać potencjalnemu użytkownikowi na dokonanie wyboru opartego na odpowiedniej informacji.

VIII. Dochodzenie odpowiedzialności z powodu nienależytej jakości usługi

Rozporządzenie istotnie poprawia sytuację konsumenta, który zamierza dochodzić odpowiedzialności dostawcy z powodu nienależytej jakości usługi. Zgodnie z art. 4 ust. 4 rozporządzenia, wszelkie stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi a wykonaniem określonym w umowie, w przypadku gdy odnośne fakty zostały ustalone za pomocą mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny – uznawane są za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym. Największą nowością jest możliwość dowodzenia okoliczności nienależytego wykonania umowy za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania przewidzianego w tym przepisie. Odpowiedzialność dostawcy jest wprawdzie uwarunkowana wykazaniem, że naruszenia są stałe lub regularne oraz że są istotne, ale

możliwość skorzystania z mechanizmu ustalania jakości niewątpliwie znacznie poprawia sytuację użytkownika.

Przepis ust. 4 ogranicza zakres zastosowania certyfikowanego mechanizmu do wykazywania rozbieżności dotyczących wykonania usługi „pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi”. Nie ogranicza to jednak możliwości kwestionowania naruszeń innych parametrów jakości usługi określonych w umowie. W świetle tego przepisu przeznaczenie certyfikowanych mechanizmów monitorowania jakości jest związane z ustalaniem faktów istotnych dla oceny zgodności faktycznego wykonania usługi z wykonaniem należytym, określonym w umowie. Status certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości jest przyznawany w wyniku certyfikacji dokonywanej przez regulatora. Opracowanie i przygotowanie mechanizmu może być inicjatywą dowolnego podmiotu. Wytyczne BEREC potwierdzają, że mechanizmy monitorowania certyfikowane przez krajowy organ regulacyjny mogą być eksploatowane przez dostawców usług łączności elektronicznej, w tym dostawców usług dostępowych, organizacje zrzeszające przedsiębiorców telekomunikacyjnych, organizacje konsumenckie, organy państwowe lub jednostki samorządu terytorialnego. Pewną słabością całej koncepcji, uwypukloną w wytycznych BEREC, jest brak po stronie państw członkowskich i ich organów regulacyjnych nie tylko obowiązku zapewnienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości, ale nawet ustanowienia samej procedury certyfikowania mechanizmów wypracowanych przez inne podmioty.

Regulator może uruchomić własny mechanizm monitorowania jakości usług. Mechanizm stosowany przez organ regulacyjny nie wymaga certyfikacji. Zgodnie z wytycznymi BEREC, mechanizm stosowany przez regulatora uznaje się za mechanizm certyfikowany w rozumieniu art. 4 ust. 4, choć przepis rozporządzenia przewiduje określone skutki dowodowe tylko dla mechanizmów certyfikowanych.

UKE ogłosił, iż zamierza złożyć zamówienie publiczne na zaprojektowanie, zrealizowanie i wdrożenie systemu monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu⁷. Badanie jakości usługi dostępu do Internetu będzie opierało się na teście inicjowanym z urządzenia końcowego użytkownika w relacji z serwerem testowym zlokalizowanym w punkcie wymiany ruchu. System ma umożliwiać wyznaczanie wartości wskaźników jakości usługi w zakresie: prędkości pobierania danych, prędkości wysyłania danych, opóźnienia pakietów, zmienności opóźnienia pakietów (*jitter*), stopy utraty pakietów i może być uzupełniony o dodatkowe wskaźniki. System ma rejestrować parametry urządzenia końcowego i środowiska użytkownika mające wpływ wyniki pomiarów, takie jak: data pomiaru, lokalizacja użytkownika, nazwa operatora sieci, adres IP, wykorzystanie NAT, wykorzystana technologia dostępu (WiFi, sieć ruchoma, Ethernet itp.), parametry radiowe (poziom i jakość sygnału) i obciążenie procesora urządzenia końcowego. System powinien umożliwiać rejestrację konta przez użytkownika końcowego, gromadzić, przechowywać i udostępniać dane pochodzące z przeprowadzonych testów, a także zapewniać dane zbiorcze dla UKE. Dla użytkowników końcowych ma być przygotowana aplikacja testowa dostępna dla platform stacjonarnych z poziomu przeglądarki, a dla platform mobilnych aplikacja instalowana na urządzeniu końcowym użytkownika działająca pod kontrolą systemów Android, iOS i Windows, udostępniana przez UKE w oficjalnych sklepach dystrybuujących aplikacje dla tych systemów operacyjnych. Aplikacja ma umożliwiać rejestrację konta użytkownika, przeprowadzenie testu, a zarejestrowanemu

⁷ Komunikat UKE z 22.06.2016. Pozyskano z: www.uke.gov.pl.

użytkownikowi przegląd historii wykonanych testów, wygenerowanie raportu z testów i udostępnienie go stronie trzeciej (np. regulatorowi).

Z art. 4 ust. 4 wynika, że szczególne skutki dowodowe związane z ustaleniem faktów dotyczących jakości usługi za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorującego dotyczą jedynie konsumentów w zakresie korzystania przez nich ze środków ochrony prawnej zgodnie z prawem krajowym. To zawężające uregulowanie dotyczące skutków dowodowych zastosowania certyfikowanego mechanizmu monitorującego nie ogranicza możliwości jego wykorzystania przez podmioty inne niż konsumenci oraz w celach innych niż dochodzenie roszczeń. Ani z rozporządzenia, ani z wytycznych BEREC nie wynika jakakolwiek przesłanka przemawiająca za zakazem korzystania z certyfikowanego mechanizmu monitorowania przez innych użytkowników końcowych niż tylko konsumenci. Mogą zatem z niego korzystać nie tylko osoby fizyczne będące konsumentami, lecz także pozostałe osoby fizyczne oraz wszelkiego rodzaju jednostki organizacyjne korzystające z usług dostępowych.

Postanowienie art. 4 ust. 4 wprowadza nową sytuację prawną w zakresie egzekwowania odpowiedzialności za nienależyte wykonanie usługi dostępu do Internetu. Na gruncie wcześniejszego prawa wynik pomiarów za pomocą systemu monitorowania zapewnianego przez organ regulacyjny był poddawany w postępowaniach sądowych ocenie w taki sam sposób, jak każdy inny dowód. Sformułowanie zawarte w ust. 4, zgodnie z którym „odnośne fakty” ustalone za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania „uznawane są za nienależyte wykonanie” oznacza domniemanie, iż wynik takiego pomiaru jest zgodny ze stanem rzeczywistym. Taki efekt domniemania zawartego w ust. 4 jest bardzo bliski domniemaniu, jakie przysługuje dokumentom urzędowym, które stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone (art. 6 k.p.a.). Tego rodzaju domniemanie jest wzruszalne i można je obalić za pomocą dowodu przeciwnego, m.in. wyników pomiarów przeprowadzonych przy użyciu innych mechanizmów certyfikowanych. Ponieważ do ustalenia tego samego stanu faktycznego w zakresie jakości usługi można zastosować różne mechanizmy monitorowania, w tym mechanizm eksploatowany przez regulatora, to wyniki ustalone za pomocą takich mechanizmów mają taką samą wartość dowodową. Wyniki pomiarów objęte domniemaniem zgodności ze stanem rzeczywistym nie prowadzą bezpośrednio do stwierdzenia nienależytego wykonania usługi. Nienależyte wykonanie usługi wymaga bowiem dodatkowo stwierdzenia, iż rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym ustalonym za pomocą mechanizmu monitorowania a stanem określonym w umowie miały charakter stały lub regularny oraz że były istotne.

Bibliografia

BEREC. (2010). Response to the European's Commission consultation on the open internet and net neutrality in Europe. BoR (10)42, 30 września, s. 2–3.

BEREC. (2011). A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, BoR (11)53, 8 grudnia.

BEREC. (2011a). Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches, BoR (11)67, grudzień.

BEREC. (2012). 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, 29 maja.

BEREC. (2012a). An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality. BEREC Report. BoR (12)130, 6 grudnia.

BEREC. (2012b). Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality. Final report. BoR (12)132, 26 listopada.

Marcus, J.S., Nooren, P., Cave, J. i Carter, K.R. (2011). *Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S.* Pozyskano z: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU\(2014\)518751_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU(2014)518751_EN.pdf).

Marsden, C. (2010). European Law and Regulation of Mobile Net Neutrality. *European Journal of Law and Technology*, 1(2).

Nałęcz, A. (2015). Neutralność sieciowa. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(4). Pozyskano z: <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/29/pdf/26.pdf>.

Siwicki, M. (2011). Retencja danych transmisyjnych na podstawie art. 180a Prawa telekomunikacyjnego. *Prokuratura i Prawo*, 9.

Śledzińska-Simon, A. (2011). Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej. *Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu*, 2(26).

Werbach, K. (2009), The Centripetal Network: How the Internet Holds Itself Together, and the Forces Tearing It Apart. *UC Davis Law Review*, 42.

Wu, T. (2003), Network Neutrality. Broadband Discrimination. *Journal on Telecommunications and High-Tech Law*, 2. Pozyskano z: http://www.jthtl.org/content/articles/V2I1/JTHTLv2i1_Wu.PDF.