

SMS z Internetu – problem definicji usługi łączności elektronicznej.

Glosa do wyroku Trybunału EFTA
z dnia 22 grudnia 2016 roku, sygn. akt E-6/16

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Stan faktyczny
- III. Ustalenia Trybunału
 1. Usługa świadczona za wynagrodzeniem
 2. Przekaz sygnału jako wyłączny albo główny składnik usługi
 3. Sieć łączności elektronicznej
 4. Kontrola nad treścią
- IV. Komentarz
 1. Metody wykładni
 2. Ewolucja pojęcia „telekomunikacji”
 3. Kwalifikacja innych usług
 4. Projektowane zmiany definicji usługi łączności elektronicznej
- V. Podsumowanie

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Kwalifikacja prawna usług z pogranicza łączności elektronicznej i społeczeństwa informacyjnego od lat nastrocza wielu problemów. Szybki rozwój technologiczny prowadzi do postępującego zacierania się granicy między usługą przesyłu sygnału a usługą świadczoną w oparciu o ten przesył. Problem wywołał w istocie unijny prawodawca, który, dążąc do zapewnienia elastyczności stanowionych rozwiązań prawnych, oparł definicję usługi łączności elektronicznej na niedookreślonych pojęciach. Wskutek tych okoliczności całkowicie odmiennym reżimom regulacyjnym podlegają usługi, które w codziennej praktyce okazują się praktycznie nieodróżnialne. Budzi to sprzeciw świadczących je podmiotów. W kontekście takich sporów zaczęły jednak zapadać w ostatnich latach orzeczenia sądów, stopniowo rozstrzygające narastające wątpliwości. Dotychczasowe dotyczyły oceny charakteru prawnego usług głosowych świadczonych z wykorzystaniem protokołu IP (VoIP), poczty elektronicznej oraz rozprowadzania sygnałów telewizyjnych. Najnowszy wyrok odnosi się do usługi wysyłki krótkich wiadomości tekstowych (SMS-ów) za pośrednictwem serwisu udostępnionego w Internecie. Orzeczenie wydane w grudniu 2016 roku przez Trybunał Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (dalej: Trybunał EFTA)¹

¹ Wyr. Trybunału EFTA z dnia 22.12.2016 r., w sprawie z powództwa *Fjarskipti hf. przeciwko islandzkiemu regulatorowi rynku poczty i telekomunikacji*, sygn. akt E-6/16. Pozyskano z: http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvscases_pi1%5Bcase_id%5D=283&cHash=eabe278e79b607bc9760a7195bf67b64 (21.7.2017).

– jakkolwiek interpretujące przepisy w kontekście usług, które mają obecnie ograniczone znaczenie gospodarcze – zawiera istotne wskazówki dla kwalifikacji innych usług łączności elektronicznej.

II. Stan faktyczny

K Powód – *Fjarskipti hf.* – jest przedsiębiorcą świadczącym usługi łączności elektronicznej w Islandii. W ramach pakietu usług umożliwia swoim abonentom wysyłkę SMS-ów za pośrednictwem serwisu internetowego *MyPages*. Oprócz wysyłki SMS-ów serwis umożliwia dodatkowo przechowywanie ich treści oraz zarządzanie bazą adresową odbiorców. Wskutek włamania do serwisu dane te zostały upublicznione w Internecie. Islandzki regulator rynku telekomunikacyjnego – *Póst- og fjarskiptastofnun* – wystąpił do powoda z żądaniem udzielenia wyjaśnień, powołując się m.in. na krajowe przepisy implementujące dyrektywę ramową². Powód zakwestionował ich stosowanie, podnosząc, iż świadczona przez niego usługa nie stanowi usługi łączności elektronicznej. Regulator wydał decyzję, w której stwierdził, że:

- system przekazujący sygnał z serwisu internetowego do serwera SMS stanowi element sieci łączności elektronicznej;
- usługa obejmująca transmisję SMS-ów wysyłanych za pomocą serwisu powoda stanowi usługę łączności elektronicznej;
- system ma charakter publiczny.

A Decyzja została podtrzymana w dalszym toku postępowania administracyjnego. Wskutek odwołania powoda, sąd krajowy – *Héraðsdómur Reykjavíkur* – wystąpił z zapytaniem prejudycjalnym do Trybunału EFTA³. Sąd zapytał w istocie czy art. 2 lit. c dyrektywy ramowej definiujący usługę łączności elektronicznej może być rozumiany w ten sposób, iż obejmuje przetwarzanie i przekazywanie sygnału SMS-ów za pomocą skryptu wykorzystanego w serwisie internetowym powoda do serwera SMS powoda, który dalej przekazuje je do odbiorcy za pomocą sieci telefonicznej. Sąd krajowy zapytał także czy kwalifikacja usługi łączności elektronicznej zależy w tym wypadku od pobrania wynagrodzenia z tytułu świadczonej usługi oraz czy posiada ona publiczny charakter.

R Przed przystąpieniem do opisu ustaleń Trybunału EFTA należy zauważyć, iż jego orzeczenia prejudycjalne formalnie stanowią interpretację wyłącznie przepisów Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym i są wydawane na wniosek sądów krajów Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (dalej: EFTA). Nie wiążą zatem bezpośrednio polskich sądów w zakresie interpretacji prawa unijnego. W praktyce jednak Trybunał EFTA zobowiązany jest brać pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), a jego rozstrzygnięcia są podejmowane po wysłuchaniu stanowiska Komisji Europejskiej.

² Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.7.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej: dyrektywa ramowa); dyrektywa ramowa stanowi część systemu prawnego Europejskiego Obszaru Gospodarczego na podstawie pkt 5cl Aneksu XI do Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym; zakres stosowania dyrektywy ramowej wymaga każdorazowej weryfikacji, z uwagi na brak automatyzmu wdrażania nowelizacji w ramach systemu prawnego EOG.

³ Trybunał EFTA powołany został przez kraje Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu na podstawie art. 108 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym; rozstrzyga m.in. zapytania od sądów krajów EFTA dotyczące interpretacji przepisów wchodzących w skład systemu prawnego Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

III. Ustalenia Trybunału

Na podstawie dokonanej analizy Trybunał EFTA przychylił się do stanowiska islandzkich władz regulacyjnych, potwierdzając, że system, taki jak prowadzony przez powoda, może stanowić publiczną sieć łączności elektronicznej, a w konsekwencji świadczone za jego pośrednictwem usługi mogą stanowić usługi łączności elektronicznej w rozumieniu dyrektywy ramowej.

Punkt wyjścia do rozważań Trybunału EFTA stanowiła definicja usługi łączności elektronicznej, zawarta w art. 2 lit. c) dyrektywy ramowej. Przepis ten nakazuje rozumieć usługę łączności elektronicznej jako „usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem, polegającą całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej. Spod zakresu niniejszej definicji wyłączone są usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, jeżeli nie polegają one całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej”. Trybunał EFTA wywiódł z tej definicji następujące kryteria kwalifikacji usługi jako usługi łączności elektronicznej:

- a) jest zazwyczaj świadczona za wynagrodzeniem;
- b) przekaz sygnału stanowi jej wyłączny albo główny składnik;
- c) infrastruktura, w ramach której dochodzi do przekazu sygnału stanowi sieć łączności elektronicznej;
- d) nie wiąże się ze świadczeniem lub wykonywaniem kontroli nad przekazywaną treścią.

1. Usługa świadczona za wynagrodzeniem

Pierwszym kryterium omawianym przez Trybunał EFTA jest wymóg odpłatności usługi łączności elektronicznej. Trybunał EFTA stanął na niespornym stanowisku, iż wynagrodzenie świadczącego usługi może przybierać postać zarówno bezpośrednich płatności, jak i pośrednich form finansowania, takich jak reklamy. Trybunał EFTA podkreślił także, że płatność nie musi być dokonywana przez podmioty, na rzecz których świadczona jest usługa⁴. Gdyby więc w omawianym przypadku serwis SMS był nawet pozbawiony reklam, a istniała możliwość korzystania z niego, nie będąc abonentem powoda, usługę tę wciąż należałoby uznać za odpłatną. Za ponoszących koszt świadczenia usługi należałoby w takiej sytuacji uznać abonentów powoda. Drugi interesujący aspekt zagadnienia został oparty na interpretacjach Komisji Europejskiej oraz Władzy Nadzorczej EFTA, które wskazały, że nawet gdyby w danym przypadku usługa faktycznie była świadczona bez wynagrodzenia, pozostałoby to bez znaczenia dla jej kwalifikacji jako usługi łączności elektronicznej. Definicja stanowi bowiem, że usługą łączności elektronicznej jest taka, która *zazwyczaj* jest świadczona za wynagrodzeniem. Nie jest więc niezbędne szczegółowe badanie charakteru odpłatności uiszczanej z tytułu świadczenia danej usługi w konkretnej sprawie, jeżeli w praktyce obrotu gospodarczego takie usługi, jak analizowana, zazwyczaj podlegają wynagrodzeniu.

⁴ Tak też choćby Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Bond van Adverteerders i inni*, sygn. akt C-352/85, pkt 16.

2. Przekaz sygnału jako wyłączny albo główny składnik usługi

Analizę charakteru usługi wysyłki SMS-ów świadczonej za pomocą serwisu internetowego Trybunał EFTA rozpoczął od ustalenia, iż jej główną cechą stanowiło przekazywanie sygnałów z urządzenia końcowego nadawcy do punktu zakończenia w sieci powoda. Trybunał EFTA następnie ustalił, iż powód ponosił wobec użytkowników końcowych odpowiedzialność za przekaz sygnałów i zapewnienie jego poprawności. W opinii Trybunału EFTA okoliczność ta stanowiła kluczowy i wystarczający czynnik dla uznania, iż usługa ta polega (w całości lub głównie) na przekazie sygnału. Wszystkie pozostałe elementy świadczenia miały, zdaniem Trybunału EFTA, charakter wyłącznie dodatkowy, ułatwiający przekazywanie SMS-ów. Stąd Trybunał uznał, iż usługa świadczona przez powoda składała się wyłącznie lub głównie z przekazu sygnału SMS-ów.

Przy okazji Trybunał EFTA odniósł się do fragmentu definicji usługi łączności elektronicznej, zgodnie z którą nie stanowią usługi łączności elektronicznej te usługi społeczeństwa informacyjnego, które nie składają się w całości lub głównie z przekazu sygnału. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na legislacyjną słabość przywołanego fragmentu definicji. Każda usługa, która nie składa się w całości lub większości z przekazu sygnału nie stanowi usługi łączności elektronicznej. Wymienienie w tym zakresie usług społeczeństwa informacyjnego nie ma istotnej wartości normatywnej. Po drugie, Trybunał EFTA wskazał (bardziej jednoznacznie niż motyw 10 dyrektywy ramowej), że katalogi usług łączności elektronicznej oraz usług społeczeństwa informacyjnego nie są rozdzielne. Istnieją takie usługi społeczeństwa informacyjnego, które są jednocześnie usługami łączności elektronicznej. W takim zakresie usługi społeczeństwa informacyjnego podlegają regulacjom typowym dla usług łączności elektronicznej.

3. Sieć łączności elektronicznej

Punkt wyjścia do oceny infrastruktury powoda jako sieci łączności elektronicznej stanowi definicja zawarta w art. 2 lit. a dyrektywy ramowej. Siecią łączności elektronicznej są „systemy transmisyjne oraz, w stosownych przypadkach, urządzenia przełączające lub routingowe oraz inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają przekazywanie sygnałów przewodowo, za pomocą radia, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych, w tym sieci satelitarnych, stacjonarnych (komutowanych i pakietowych, w tym Internetu) i naziemnych sieci przENOśnych, elektrycznych systemów kablowych, w zakresie, w jakim są one wykorzystywane do przekazywania sygnałów, w sieciach nadawania radiowego i telewizyjnego oraz sieciach telewizji kablowej, niezależnie od rodzaju przekazywanej informacji”.

Powód wskazał, że stosowany przez niego system nie spełnia warunków wskazanej definicji, w szczególności bowiem w ramach serwisu internetowego nie dochodzi do przełączania lub kierowania, a przekaz sygnału występuje dopiero po doręczeniu SMS-a do serwera SMS. Szersza interpretacja prowadziłaby, zdaniem powoda, do skutków, które nie mogą być akceptowane jako nadmiernie uciążliwe dla przedsiębiorców i ograniczające zakres swobody świadczenia usług – wbrew intencjom dyrektywy ramowej, a także jej literalnej interpretacji. Władza nadzorcza EFTA oraz Komisja Europejska stanęły na przeciwnym stanowisku. Komisja Europejska wskazała w szczególności, że oprogramowanie stosowane przez powoda można zaliczyć do „urządzeń przełączających albo przekierowujących”. Takie przekierowanie, wskutek rozwoju technologii, nie jest dokonywane ręcznie, lecz jest sterowane za pomocą oprogramowania. Modemy sieciowe

także korzystają z oprogramowania, które staje się tym samym częścią sieci. W tym kontekście oprogramowanie musi być kwalifikowane jako „inne zasoby”, o których mowa w definicji sieci łączności elektronicznej.

Trybunał EFTA przychylił się do stanowiska Komisji Europejskiej, uznając infrastrukturę powoda za sieć łączności elektronicznej. Analizując problem, przywołał treść motywu 5 dyrektywy ramowej, który jako jej cel wskazał m.in. stworzenie jednolitych unormowań prawnych dla wszelkich sieci i usług związanych z przekazywaniem informacji. Także motyw 18 ma jednoznacznie wskazywać na konieczność zachowania neutralności technologicznej (a co za tym idzie uwzględniania nowych usług) w stosowaniu przepisów dyrektywy ramowej. Zdaniem Trybunału EFTA, przywołane przepisy stanowią dyrektywę interpretacyjną, której nie należy pomijać, dokonując subsumpcji stanów faktycznych do przepisów prawa unijnego. Argumentacja ta uzasadnia szerokie rozumienie niektórych pojęć stosowanych w dyrektywie ramowej, w szczególności pojęcia sieci łączności elektronicznej. Wykorzystane oprogramowanie było przy tym niezbędne do przekazania SMS-a do serwera SMS i dalej do odbiorcy. Elementy serwisu internetowego oraz tradycyjnej sieci elektronicznej stanowiły więc w ocenie Trybunału EFTA łącznie jedną sieć łączności elektronicznej.

Niezależnie od powyższego nie rodzi wątpliwości Trybunału EFTA, że tezę o konieczności szerokiego rozumienia definicji sieci łączności elektronicznej wspiera użycie pojęcia „inne zasoby” w jej treści. Sieć łączności elektronicznej stanowią zatem nie tylko systemy transmisyjne, urządzenia przełączające lub przekierowujące, ale także każdy inny środek umożliwiający przekaz sygnałów. Istotny jest bowiem fakt, że dalsze wyliczenie rodzajów systemów stanowiących sieć łączności elektronicznej ma charakter wyłącznie przykładowy. Trybunał EFTA uznał zatem, że w omawianym przypadku doszło wyłącznie do zastąpienia komunikacji pomiędzy dwoma telefonami komunikacją w jej uwspółcześnionej wersji – między serwisem internetowym a telefonem.

4. Kontrola nad treścią

Trybunał EFTA bez większych wątpliwości dokonał ustalenia, że powód nie sprawuje kontroli nad treścią przekazu. Odwołał się przy tym do motywu 5 dyrektywy ramowej, który wskazuje na cel systemu prawnego, jakim jest oddzielenie unormowań dotyczących sposobów przekazywania informacji od unormowań dotyczących ich treści. Powód ogranicza się tymczasem do zapewnienia wyłącznie środków przekazu.

IV. Komentarz

Mimo że stanowisko Trybunału EFTA trudno nazwać rewolucyjnym, nie można odmówić mu znaczącej wartości poznawczej. W szczególności może stanowić przydatne narzędzie argumentacyjne, umożliwiające bardziej elastyczne stosowanie przepisów przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, w celu realizacji zadań obejmujących także mniej tradycyjne formy telekomunikacji. Nie rodząc istotnych wątpliwości z punktu widzenia swojej prawidłowości, wpisuje się także w obecnie prezentowany przez organy Unii Europejskiej kierunek rozwoju definicji łączności elektronicznej. Stanowi ponadto element w dyskusji dotyczącej zrównania zakresu obowiązków nakładanych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną, analogiczne do usług telekomunikacyjnych. Wchodzi tym samym w zakres sporów odnośnie do oczekiwanego kształtu regulacji projektowanego kodeksu łączności elektronicznej.

1. Metody wykładni

Kluczowe zagadnienie w omawianym sporze stanowi dopuszczalność kwalifikacji serwisu internetowego oraz zastosowanego w nim skryptu, za pomocą którego przetwarzane i kierowane są sygnały SMS-ów, jako sieci łączności elektronicznej. Choć zaliczenie takiego serwisu do „innych zasobów”, które umożliwiają przekazywanie sygnałów może się wydawać dosyć zrozumiałe, to słuszne w takim kontekście jest zastosowanie przez Trybunał EFTA także innych metod wykładni. Jak dowodzi orzecznictwo TSUE, nawet jednoznaczny wynik interpretacji językowej przepisów dyrektywy nie przesądza o jej prawidłowości w sytuacji, w której do przeciwnego wniosku prowadzi wykładnia celowościowa⁵. Jak się wskazuje w doktrynie, „w sytuacji, w której prawo unijne dopuszcza więcej niż jedną interpretację, preferencję należy przyznać tej z nich, która zapewnia zachowanie skuteczności komentowanego przepisu [...]” (Lenaerts i Gutiérrez-Fons, 2013, s. 14)⁶. Ponadto „[w] odróżnieniu od krajowych porządków prawnych, które niekiedy mają tendencję do preferowania podejścia literalnego, prawo UE powinno być interpretowane celowościowo, biorąc jednocześnie pod uwagę jego szczególny wspólnotowy charakter [...]” (Baratta, 2014, s. 7). Także w polskim piśmiennictwie podkreśla się ograniczone znaczenie czysto literalnej interpretacji prawa unijnego (Kamiński, 2010, s. 282–283; Koncewicz, 2014, s. 221–222).

Nie może ulegać wątpliwości, iż do celów ram łączności elektronicznej – przywołanych przez Trybunał EFTA – należy m.in. zapewnienie neutralności technologicznej stosowanych rozwiązań oraz ochrona użytkowników końcowych. Cele te zostały wyrażone wprost w preambule dyrektywy, obligując podmiot interpretujący do zastosowania dalej idących metod wykładni niż tylko językowa⁷. Także sama Komisja wskazywała już w toku prac nad projektem aktualnie obowiązujących przepisów dyrektywy ramowej, iż „na tyle, na ile jest to zatem możliwe, regulacja usług komunikacyjnych nie powinna różnicować między technologiami, przy pomocy których takie usługi są dostarczane”⁸. Rozstrzygnięcie Trybunału EFTA niewątpliwie chroni te wartości, mimo zarzutów dotyczących naruszenia literalnego brzmienia dyrektywy ramowej, a także ograniczenia swobody świadczenia usług przez niektóre podmioty.

2. Ewolucja pojęcia „telekomunikacji”

Prawidłowość rozstrzygnięcia Trybunału EFTA potwierdza także analiza materiałów legislacyjnych związanych z rozwojem definicji łączności elektronicznej. Przede wszystkim nie można zapomnieć, iż obecnie uregulowania unijne nie obejmują już tylko telekomunikacji, jak to miało miejsce zgodnie z art. 2 pkt 4 tiret pierwsze dyrektywy Rady z dnia 28 czerwca 1990 roku⁹. Przepis ten definiował jako telekomunikacyjne takie usługi, których „świadczenie składa się wyłącznie lub w części z przekazu i kierowania sygnałów w sieciach telekomunikacyjnych, z wykorzystaniem procesów telekomunikacyjnych, z wyjątkiem rozpowszechniania radiowego i telewizyjnego”¹⁰. Dyrektywa

⁵ Wyr. TS WE z dnia 18.6.1991 r., sygn. akt C-369/89 w sprawie *Piageme i inni przeciwko BVBA Peeters*, pkt 14–15.

⁶ Zob. przywołane tam orzeczenia C-187/87 *Land de Sarre and Others* [1988] ECR 5013, para. 19, C-434/97 *Commission v France* [2000] ECR I-1129, para. 21.

⁷ Wyr. TS WE z dnia 18.6.1991 r., sygn. akt C-369/89 w sprawie *Piageme i inni przeciwko BVBA Peeters*, pkt 14–15.

⁸ Communication from the Commission “Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review”, COM(1999) 539 final, Brussels 10.11.1999 r., s. 14 [tłum. własne].

⁹ Dyrektywa Rady 90/387/EEC z dnia 28.6.1990 r. on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network provision.

¹⁰ “Telecommunications services” means services whose provision consists wholly or partly in the transmission and routing of signals on a telecommunications network by means of telecommunications processes, with the exception of radio broadcasting and television.

Rady w praktyce (opartej na treści tej dyrektywy oraz pozostałych piętnastu aktów wchodzących w skład ówczesnego pakietu telekomunikacyjnego) nie obejmowała swoim zakresem m.in.: łączności satelitarnej, mobilnej telefonii i usług wywoławczych, rozpowszechniania radiowego i telewizyjnego oraz publicznie dostępnych usług telefonicznych¹¹.

Ograniczenia zakresu regulacji prawa unijnego w zakresie telekomunikacji zniesiono w obecnie obowiązującym pakiecie dyrektyw, m.in. zastępując pojęcie „telekomunikacji” pojęciem „łączności elektronicznej”. Treść tej definicji została omówiona w wyroku Trybunału EFTA¹². Warto przy tym zauważyć, iż uprzednio obowiązujące przepisy dyrektywy Rady jako usługę telekomunikacyjną traktowały takie świadczenia, które składały się z przekazu i kierowania sygnałów „w całości lub części”. Kryterium to w obecnych uregulowaniach zostało zastąpione sformułowaniem „w całości lub **głównie**”. Oznacza to, że obecnie nie wystarczy już, by przekaz stanowił tylko część usługi. Musi ją stanowić głównie (lub w całości). Zmiana ta niestety nie znalazła dostatecznego wyjaśnienia w treści materiałów z prac legislacyjnych nad omawianymi aktami. Nie sposób jednak abstrahować od tej zmiany w toku wykładni wskazanych przepisów. Warto przy okazji zauważyć, iż ślad owego wcześniejszego kryterium pozostaje w polskiej wersji językowej dyrektywy ramowej, która (błędnie) wciąż posługuje się pojęciem „częściowo”, nie „głównie”.

Od początku prac nad zakresem stosowania obecnych uregulowań wskazywano, że w celu zachowania zasady neutralności technologicznej oraz wymagań wynikających z postępującej konwergencji „nowe ramy regulacyjne obejmują całą infrastrukturę komunikacyjną oraz powiązane z nimi usługi. [...] Nowe ramy znajdowałyby zastosowanie także do usług korzystających z tych sieci (usług telekomunikacyjnych i innych usług transmisji związanych z tymi sieciami, o których mowa powyżej), jak również usług związanych z udzielaniem użytkownikom dostępu. Nowe ramy nie obejmują na przykład nadawania czy usług społeczeństwa informacyjnego, dostarczanych przy pomocy infrastruktury komunikacyjnej”¹³. Pomimo ambitnych założeń, nowe przepisy nie przyniosły jasności prawa, oczekiwanej przez uczestników rynku. Już samo wyjaśnienie intencji prawodawcy, zawarte w motywie 10 dyrektywy ramowej, pozostaje dalece niedookreślone. Wskazuje, iż definicja społeczeństwa informacyjnego „odnosi się do szeroko pojętej działalności gospodarczej, która może być prowadzona on-line. Większa część takiej działalności nie jest objęta zakresem niniejszej dyrektywy, albowiem działalność ta nie polega w całości czy w przeważającej części na przekazywaniu sygnałów poprzez sieci łączności elektronicznej”. Jednocześnie jednak w tym samym motywie, bez dalszego uzasadnienia wskazuje się, że „Usługi w zakresie telefonii głosowej oraz przekazywania poczty elektronicznej są przedmiotem niniejszej dyrektywy”.

3. Kwalifikacja innych usług

Spór dotyczący kwalifikacji usług wysyłki SMS-ów z serwisu internetowego oczywiście nie był pierwszym, który wystąpił na gruncie niejednoznacznych definicji zawartych w dyrektywie ramowej. Poprzednie dotyczyły w szczególności oceny charakteru prawnego usług VoIP, poczty elektronicznej oraz rozprowadzania programów telewizyjnych. Nawet dosyć pobieżna analiza

¹¹ Communication from the Commission, Green paper on the liberalization of telecommunications infrastructure and cable television networks, part one, COM(94) 440 final, Brussels, 25.10.1994 r., str. 33/34.

¹² Zmiany wprowadzone dyrektywą 97/51/EC Parlamentu i Rady z dnia 6.10.1997 r. zmieniające dyrektywy Rady 90/387/EEC oraz 92/44/EEC należy uznać za zmiany o ograniczonym znaczeniu.

¹³ Communication from the Commission “Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review”, COM(1999) 539 final, Brussels 10.11.1999 r., str. 4 [tłum. własne].

rozstrzygnięć, które zapadły w tych sprawach pozwala na stwierdzenie daleko idącej zbieżności wykorzystywanych metod interpretacyjnych oraz płynących z nich wniosków.

Pierwsza grupa usług, co do których pojawiły się poważne wątpliwości w praktyce, to **usługi VoIP**. Mimo pozornego rozwiązania problemu neutralności technologicznej, w szczególności w odniesieniu do wprost przywołanych w dyrektywie ramowej usług telefonii głosowej, praktyczna realizacja przepisów dotyczących tych usług przysporzyła licznych problemów. Zostały one odzwierciedlone w stosunkowo licznych opracowaniach m.in. Niezależnej Grupy Regulatorów (IRG) oraz Europejskiej Grupy Regulatorów (ERG). Pierwsza z tych organizacji już w 2006 roku w odpowiedzi na zapytanie Komisji Europejskiej wskazała, iż definicje ram łączności elektronicznej mogą nie być wystarczające, by „zapewnić i wesprzeć przyszły rozwój rynku łączności elektronicznej. Obecne definicje powinny zostać poddane zmianie, które zapewniłyby ich neutralność technologiczną oraz odporność na przyszłe zmiany w podlegających konwergencji sektorach”¹⁴. Jako szczególnie wartościowe z punktu widzenia oceny charakteru konkretnych usług łączności elektronicznej należy uznać wskazówki ERG, zawarte w stanowisku z 2007 roku. Organizacja ta zwróciła uwagę na m.in. następujące kryteria:

- możliwość dokonywania połączeń przychodzących lub wychodzących do sieci podlegających oczywistej kwalifikacji jako sieci telekomunikacyjne (w przypadku połączeń głosowych – publicznej komutowanej sieci telefonicznej (PSTN));
- oczekiwania konsumentów w stosunku do określonych usług i ich substytucyjności (w przypadku VoIP – znacznie niższe oczekiwania w stosunku do połączeń komputer-komputer niż telefon-komputer czy telefon-telefon);
- świadczenie usługi przez podmiot będący jednocześnie operatorem sieci telekomunikacyjnej;
- pobieranie opłat na podstawie zawartej umowy;
- negocjowanie dostępu do sieci przez dostawcę usługi;
- zarządzanie bazami danych i serwerami na potrzeby zestawiania połączeń¹⁵.

Co jednak szczególnie interesujące, ERG uznała, że uzasadnione jest rozszerzenie na podmioty dostarczające usługi VoIP obowiązków określonych w dyrektywie o usłudze powszechnej w odniesieniu do publicznie dostępnych usług telefonicznych¹⁶. W uzasadnieniu ERG uznała, że określone w dyrektywie o usłudze powszechnej¹⁷ uprawnienia abonentów są właściwe dla abonentów jakiegokolwiek usługi umożliwiającej dostęp do PSTN. Zdaniem ERG, ograniczenie zastosowania omawianych przepisów do publicznie dostępnych usług telefonicznych miało sens w świecie ograniczonym do sieci PSTN, lecz obecnie jest przestarzałe. Powinny one znaleźć zastosowanie niezależnie od tego czy usługa spełnia kryteria określone w dyrektywie o usłudze powszechnej.¹⁸ Stąd celowościowa wykładnia uzasadniała obciążenie tymi obowiązkami także dostawców usług VoIP.

¹⁴ European Regulators Group and Independent Regulators Group Response to Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory Framework for electronic communications and services, 2006, str. 29.

¹⁵ ERG Common Position on VoIP, ERG(07)56rev2, grudzień 2007, str. 21.

¹⁶ Art 2 lit. c dyrektywy o usłudze powszechnej definiuje publicznie dostępną usługę telefoniczną jako „dostępną publicznie dla inicjowania i odbierania, bezpośrednio lub pośrednio, połączeń krajowych lub krajowych i międzynarodowych za pośrednictwem numeru lub numerów istniejących w krajowym lub międzynarodowym planie numeracji telefonicznej”.

¹⁷ Dyrektywa 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7.3.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników.

¹⁸ ERG Common Position on VoIP, ERG(07)56rev2, grudzień 2007 r., str. 21.

Drugą usługę, której charakter prawny rodził szczególne wątpliwości stanowiła **usługa poczty elektronicznej**. Pierwotna wersja definicji usługi telekomunikacyjnej wskazywała w art. 2 pkt 48 ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dalej: pt), iż usługa poczty elektronicznej nie stanowi usługi telekomunikacyjnej. Dopisek ten został usunięty w 2009 roku, w związku z wątpliwościami dotyczącymi prawidłowości implementacji dyrektywy ramowej. W motywie 10 wskazuje ona bowiem, że: „Usługi w zakresie telefonii głosowej oraz przekazywania poczty elektronicznej są przedmiotem niniejszej dyrektywy”. Sens zmiany odzwierciedla przebieg dyskusji podczas sejmowej Komisji Infrastruktury z dnia 15 czerwca 2004 roku: „Wynika z tego, że serwer pocztowy, czyli urządzenie, które zawiera ową skrzynkę pocztową, jest faktycznie zespołem urządzeń obsługujących usługę, a nie stanowi elementu sieci telekomunikacyjnej. Jest to raczej urządzenie końcowe przyłączone do sieci telekomunikacyjnej służące do zapisania wiadomości, a potem do jej odtworzenia i wysłania do sieci. W związku z tym taki serwer nie służy do transmisji sygnału w sieciach telekomunikacyjnych i, podobnie jak portale internetowe, aby móc w pełni świadczyć usługę, musi korzystać z sieci telekomunikacyjnej na tej samej zasadzie co inni klienci. Musi zatem najpierw uzyskać dostęp do sieci telekomunikacyjnej, a potem przesłać informacje przez sieć”. Analogiczne intencje wynikają z uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy¹⁹.

Trzecią grupą usług, które zrodziły istotne problemy odnośnie do kwalifikacji jako usług łączności elektronicznej okazały się **usługi rozprowadzania programów telewizyjnych**. Pierwsze publicznie analizowane orzeczenie w tego typu sprawie zapadło w postępowaniu *C-518/11 UPC Nederland BV przeciwko Gemeente Hilversum*²⁰. TSUE w odpowiedzi na zapytanie *Gerechtshof te Amsterdam* wskazał, iż usługa polegająca na dostarczaniu pakietu podstawowego programów radiowych i telewizyjnych, dostępnego drogą kablową, za którą wystawiany jest rachunek obejmujący zarówno koszty transmisji, jak i wynagrodzenie stacji nadawczych oraz opłaty na rzecz organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, wchodzi w zakres pojęcia „usługa łączności elektronicznej”. Odpowiedź ta zawierała niejednoznaczny fragment w postaci warunku, że „usługa ta obejmuje głównie przekaz treści telewizyjnych w sieci telewizji kablowej do odbiornika konsumenta końcowego”. Niejednoznaczności tej pozbawione było kolejne orzeczenie TSUE, w sprawie *C-475/12 UPC DTH Sàrl przeciwko Nemzeti Média-és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese*²¹. Trybunał wskazał w nim jednoznacznie, iż „usługa polegająca na odpłatnym świadczeniu warunkowego dostępu do pakietu programów transmitowanych przez satelitę, obejmującego programy radiowe i telewizyjne, objęta jest pojęciem »usługi łączności elektronicznej«”.

O skali problemów związanych z interpretacją pojęcia „usługi telekomunikacyjnej” świadczy także zmiana stanowiska przez Prezesa UKE. Pierwotnie nie zaliczał on usług dostarczania pakietów programów w części programowej do kategorii usług telekomunikacyjnych (Piątek, 2015, s. 72). Także Ministerstwo Cyfryzacji w odpowiedzi na interpelację poselską z dnia 11 czerwca 2013 roku wskazało, iż „usługi świadczone przez TV SAT w zakresie dotyczącym udostępniania treści regulowane będą przez przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny [...]. Przepisy ustawy P.t. będą natomiast odnosić się jedynie w ograniczonym zakresie do usługi telekomunikacyjnej (przekazywanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej)”²². Stanowisko to uległo zmianie

¹⁹ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdrukuj/1448>.

²⁰ Wyr. Trybunału z dnia, 7.11.2013 r., ECLI:EU:C:2013:709.

²¹ Wyr. Trybunału z dnia 30.4.2014 r., ECLI:EU:C:2014:285.

²² <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=393A4598>; dostęp 21.7.2017 r.

z początkiem 2014 roku²³. Prezes UKE poinformował, że „do usługi telewizji świadczonej drogą kablową lub satelitarną będą stosowane przepisy pt, w szczególności w zakresie zawierania lub zmiany warunków umowy oraz obowiązków informacyjnych względem użytkowników końcowych”. Prezes UKE nie przedstawił pogłębionych, własnych motywów zmiany stanowiska, skupiając się na zmianie stanowiska w orzecznictwie sądowym. Stanowisko Prezesa UKE zostało potwierdzone w całym toku postępowania odwoławczego w sprawie związanej ze stosowaniem przepisów pt do procedury zmiany oferty programowej²⁴. Ostatecznie, w wyroku z dnia 21 kwietnia 2016 roku Sąd Najwyższy²⁵ wskazał, że udostępnienie programów telewizyjnych następuje poprzez przesyłanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej zapewniającej odbiór programów telewizyjnych. Zauważył także, że usługę telewizyjną należy zaliczyć do kategorii usług łączności elektronicznej niezależnie od jej zawartości programowej. SN, odczytując przywołane wyżej orzeczenia w sprawie C-518/11 oraz C-475/12, uznał, że „[k]ryterium wartościowe (tj. struktura kosztów za usługę i znaczenie jej poszczególnych elementów w opłacie abonamentowej) nie mają znaczenia dla kwalifikacji usługi jako usługi łączności elektronicznej”. Zdaniem Sądu Najwyższego, „z obu przywołanych wyroków TSUE wynika, że działalność powoda, której dotyczy skarga kasacyjna (a w szczególności zestawianie z programów telewizyjnych różnych stacji „pakietów programów” oferowanych użytkownikom końcowym), mieści się w pojęciu usługi komunikacji elektronicznej, a przez to wchodzi w zakres pojęcia usługi telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 48 PT [pt]”.

4. Projektowane zmiany definicji usługi łączności elektronicznej

Wobec pogłębiających się wątpliwości, jak również zastrzeżeń zgłaszanych przez podmioty tak prywatne, jak i publiczne, zagadnienie aktualizacji definicji usługi łączności elektronicznej stało się jednym z kluczowych, w toku prac nad kodeksem łączności elektronicznej²⁶. Zgodnie z aktualną wersją projektu jako usługi łączności elektronicznej mają być kwalifikowane takie usługi, które obejmują przynajmniej jedną z następujących usług:

- dostęp do Internetu,
- komunikacja interpersonalna,
- usługa składająca się w całości lub głównie z przekazu sygnału, taka jak usługa transmisji na potrzeby usług pomiędzy urządzeniami (M2M) i rozpowszechniania.

Tak jak dotychczas wyłączeniu podlegać będą usługi zapewniania lub wykonywania kontroli edycji treści²⁷.

Zgodnie z motywem 15 kodeksu łączności elektronicznej, uwzględnia on przede wszystkim okoliczność, że użytkownicy coraz częściej zastępują tradycyjne usług przekazywania łączności głosowej, SMS-ów oraz poczty elektronicznej ich funkcjonalnymi internetowymi odpowiednikami. „Aby zapewnić, że użytkownicy końcowi są efektywnie i równo chronieni, kiedy korzystają

²³ <https://www.uke.gov.pl/telewizja-jako-uslug-telekomunikacyjna-13470>; dostęp 21.7.2017 r.

²⁴ Wyr. Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2013 r., sygn. XVII AMa 5/12; wyr. SA w Warszawie z dnia 16.12.2014 r., sygn. akt VI ACa 294/14.

²⁵ Sygn. akt III SK 21/15.

²⁶ Wniosek w sprawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0590&from=EN>; dostęp 21.7.2017 r.

²⁷ Art. 2 pkt 4 kodeksu łączności elektronicznej: „usługa łączności elektronicznej” oznacza usługę zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, która obejmuje „usługę dostępu do Internetu” zdefiniowaną w art. 2 pkt 2) rozporządzenia (UE) 2015/2120 lub „usługę łączności interpersonalnej” lub usługi polegające całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów, takie jak usługi transmisyjne stosowane na potrzeby świadczenia usług łączności maszyna-maszyna oraz na potrzeby nadawania; nie obejmuje jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej”.

z funkcjonalnie równoważnych usług, zorientowana na przyszłość definicja usług łączności elektronicznej nie powinna być oparta wyłącznie na ich technicznych parametrach, ale raczej na podejściu funkcjonalnym. [...] O ile „przekazywanie sygnałów” wciąż pozostaje istotnym kryterium określającym zakres usług wpadających pod regulację Dyrektyw, ta definicja powinna także obejmować inne usługi, które umożliwiają komunikowanie się. Z punktu widzenia użytkownika pozostaje bez znaczenia czy sam dostawca przekazuje sygnał, czy możliwość komunikacji jest zapewniona przy pomocy usługi dostępu do Internetu.” Analogiczne uzasadnienie, odwołujące się do woli ograniczenia związku między usługą komunikacji elektronicznej a koniecznością zapewnienia dostępu do sieci wynika z motywu 4 kodeksu łączności elektronicznej. Prawidłowość takiego podejścia została też potwierdzona przez Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: BEREC). Wskazał m.in., że „definicje uwzględniają fakt, że dla użytkowników końcowych może nie mieć znaczenia, czy to ich dostawca usług przekazuje sam sygnał, czy możliwość komunikacji jest zapewniona przy pomocy usługi dostępu do Internetu. [...] Aby uzyskać taki efekt użyto definicji, która odzwierciedla funkcję i inne istotne cechy usługi, raczej niż techniczny sposób ich świadczenia”²⁸.

Bardzo istotne może się także okazać zastąpienie w definicji usługi łączności elektronicznej pojęcia „składają się” pojęciem „obejmują”. Zmiana ta potencjalnie może prowadzić do objęcia zakresem pojęcia „usługi łączności elektronicznej” wszystkich usług, które jako jedno ze świadczeń obejmują usługę łączności elektronicznej. Oznacza to, że w praktyce usługami łączności elektronicznej, bez cienia wątpliwości, byłyby takie świadczenia, jak stanowiące przedmiot komentowanego orzeczenia. W tym kontekście warto także zwrócić uwagę na treść art. 100 projektowanego kodeksu.²⁹ Stanowi on, że część przepisów kodeksu stosuje się odpowiednio także do pakietów usług, w których usługa łączności elektronicznej (inna niż usługa łączności interpersonalnej niezwiązana z numeracją) stanowi jeden z elementów. Zmiana ta znacznie poszerzyłaby zakres usług, do których należałoby stosować zasady regulacji łączności elektronicznej, w przypadkach, w których przesył sygnału stanowiłby wyłącznie część świadczenia. Zmiana ta będzie wywoływała znaczące trudności praktyczne, których skalę trudno sobie aktualnie nawet wyobrazić. Usługi dodatkowe, związane z usługą łączności elektronicznej mogą znacząco od nich odbiegać charakterem. Wyłącznie tytułem przykładu można wskazać, że często z usługą rozprowadzania programów łączone są usługi telewizji online. Jak w takim wypadku należy zapewnić ich przenośność? Jak zapewnić gwarancję przenośności usługi poczty elektronicznej, powiązanej z usługą dostępu do Internetu? Czy i ewentualnie w jaki sposób będzie się stosować zapisy dotyczące wymogów informacyjnych oraz przejrzystości do usług medycznych czy dostawy prądu, łączonych z usługami łączności elektronicznej? Na takie pytania projekt kodeksu łączności elektronicznej w obecnej wersji nie odpowiada.

V. Podsumowanie

Trybunał EFTA w sposób prawidłowy dokonał interpretacji aktualnej definicji usługi łączności elektronicznej, obejmując jej zakresem usługę wysyłki SMS-ów za pośrednictwem serwisu internetowego. Potwierdził przy tym wiodące znaczenie celowościowej wykładni przepisów dyrektywy

²⁸ BEREC high-level Opinion on the European Commission's proposals for a review of the electronic communications Framework, BoR(16)213, s. 4.

²⁹ „Jeśli pakiet usług albo usług i towarów oferowany użytkownikowi końcowemu zawiera przynajmniej jedną publicznie dostępną usługę łączności elektronicznej inną niż usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów, do wszystkich elementów oferty wiązanej stosuje się przepisy [dotyczące wymogów informacyjnych, przejrzystości, okresu obowiązywania umowy oraz zmiany podmiotu świadczącego usługi] [...]”.

ramowej, uwzględniającej kryterium potrzeb użytkowników oraz konieczność zachowania zasady neutralności technologicznej. Trudności związane z interpretacją definicji usługi łączności elektronicznej w kontekście usług VoIP, rozprowadzania programów telewizyjnych czy poczty elektronicznej sugerują jednak konieczność podjęcia daleko idących kroków nowelizacyjnych. Tymczasem zmiany projektowane w kodeksie łączności elektronicznej zdają się nie być dostatecznie odważne. Definicja sieci łączności elektronicznej nie ulega właściwie żadnym zmianom, poza wprowadzeniem doprecyzowania, iż stanowią ją systemy transmisyjne „niezależnie od tego, czy opierają się na stałej infrastrukturze lub mechanizmie scentralizowanej administracji”. Definicja usługi łączności elektronicznej, wciąż odwołując się do niejasnej koncepcji „usług polegających całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów”, wprowadza nowe niezdefiniowane pojęcia, jak „usługi łączności maszyna-maszyna” i coraz bardziej komplikuje obecną sytuację. Nawet tak banalne zdawałoby się pojęcie, jak „usługa dostępu do Internetu” będzie rodzić wątpliwości co do zakresu jego znaczenia (przykładowo, czy system umożliwiający dostęp wyłącznie do serwisu społecznościowego wciąż będzie Internetem?). Mało prawdopodobne wydaje się w tym kontekście, iż projekt kodeksu łączności elektronicznej skutecznie pozwoli kwalifikować usługi z pogranicza łączności elektronicznej oraz społeczeństwa informacyjnego, które dopiero powstaną w przyszłości. Zdaje się więc, że orzeczenia, takie jak wydane w komentowanej sprawie, jeszcze przez długi czas będą stanowić główne źródło wsparcia przy próbach rozstrzygnięcia konkretnych sporów interpretacyjnych.

Jakub Woźny

radca prawny, Kancelaria Prawna Media

e-mail: jakub.wozny@kancelaria.media.pl

Bibliografia

- Baratta, R. (2014). *Complexity of EU law in the domestic implementing process* (s. 7). POzyskano z: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/20140703_baratta_speech.pdf.
- Kamiński, M. (2010). *Stosowanie dyrektyw unijnych w działalności kontrolnej polskich sądów administracyjnych* (s. 282–283). POzyskano z: <http://www.studiagdanske.gwsh.gda.pl/tom7/studia%20VII%20s280-294.pdf> (21.07.2017).
- Koncewicz, T.T. (2014). *Jak interpretować Prawo Europejskie* (s. 221–222). POzyskano z: http://palestra.pl/old/pdf_pliki/30_koncewicz_jak_interpretowa_.pdf (21.07.2017).
- Lenaerts, K. i Gutiérrez-Fons, J.A. (2013). *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice* (s. 16). POzyskano z: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/28339/AEL_2013_09_DL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Piątek, S. (2015). Rozprowadzanie programów jako usługa telekomunikacyjna. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 7(4).