

Certyfikowany mechanizm monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Odpowiedzialność dostawcy za jakość usługi dostępu do Internetu
- III. Funkcje certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości
- IV. Wymóg i procedura certyfikacji
- V. Korzystanie z certyfikowanego mechanizmu monitorującego
- VI. Charakter prawny wyników pomiarów
- VII. Zakres i metodologia pomiarów jakości usługi
- VIII. Działania regulatorów krajowych w zakresie uruchomienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania
- IX. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł analizuje uwarunkowania prawne i techniczno-organizacyjne związane z uruchomieniem w państwach Unii Europejskiej certyfikowanych mechanizmów monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu w związku z wdrażaniem przepisów rozporządzenia UE 2015/2120. Certyfikowany mechanizm jest konieczny do skorzystania przez konsumentów z domniemania nienależytego wykonania usługi przez dostawcę w przypadku wystąpienia rozbieżności między wynikami pomiarów a wymaganiami jakościowymi określonymi w umowie. Artykuł analizuje charakter zobowiązań dostawców w zakresie gwarantowania jakości usługi, skutki przeprowadzenia pomiarów jakości z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu i wymagania związane z certyfikacją. Przedstawiono działania podejmowane w państwach członkowskich UE, ze szczególnym uwzględnieniem Polski, w celu uruchomienia certyfikowanych mechanizmów monitorowania oraz główne trudności związane z realizacją tego zadania.

Słowa kluczowe: dostęp do Internetu; jakość usług; certyfikacja; transmisja danych; nienależyte wykonanie umowy.

JEL: K23

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

I. Wprowadzenie

Od dnia 1 stycznia 2017 r. obowiązuje w Polsce rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. 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 (dalej: rozporządzenie 2015/2120)¹. Rozporządzenie to, poza przepisami chroniącymi neutralność sieci internetowej, zawiera kilka rozwiązań wzmacniających prawa użytkowników usługi dostępu do Internetu. Jedno z tych rozwiązań, któremu poświęcone jest niniejsze opracowanie, dotyczy ustalania jakości usługi dostępu do Internetu z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu monitorowania, w celu stwierdzenia czy należycie wykonywane są postanowienia umowy określające jakość tej usługi. Wykorzystanie tego mechanizmu ma wzmacniać pozycję użytkownika usługi przy dochodzeniu roszczeń związanych z nienależytą jakością usługi w związku z nadaniem wyników pomiaru z wykorzystaniem tego mechanizmu szczególnej mocy dowodowej. Usługa dostępu do Internetu jest obecnie jedną z najpopularniejszych usług telekomunikacyjnych.

Rozporządzenie 2015/2120 obowiązuje w Unii Europejskiej od dnia 30 kwietnia 2016 r. Realizacja rozporządzenia przez państwa członkowskie UE jest wspierana i monitorowana przez organy unijne. W końcu sierpnia 2016 r. opublikowano wytyczne Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej – BEREC w sprawie spójnego stosowania rozporządzenia przez organy regulacyjne państw członkowskich (dalej: Wytyczne BEREC)². Wytyczne BEREC zawierają szereg zaleceń dla krajowych organów regulacyjnych dotyczących certyfikowanego mechanizmu służącego do monitorowania rozbieżności pomiędzy faktyczną jakością usługi a umownymi obowiązkami dostawcy w tym zakresie (pkt 161–163). Komisja Europejska zbiera i analizuje sprawozdania krajowych organów regulacyjnych z wykonania rozporządzenia obejmujące sprawę certyfikowanych mechanizmów monitorowania. BEREC przygotował projekt raportu na temat metodologii regulacyjnej oceny spraw neutralności sieci uwzględniający sprawy związane z tym mechanizmem (dalej: Raport BEREC)³. Przygotowania do uruchomienia mechanizmu trwają również w Polsce. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej opublikował projekt „Dokumentacji konkursowej na wybór podmiotu, który zapewni system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do Internetu” (dalej: Dokumentacja konkursowa)⁴. Z dokumentów towarzyszących temu projektowi można wyprowadzić szereg wniosków dotyczących sposobu wdrożenia certyfikowanego mechanizmu monitorowania w Polsce.

Jednym z podstawowych obowiązków obciążających dostawców usługi dostępu do Internetu, wynikających z art. 3 ust. 1 pkt d rozporządzenia 2015/2120, jest wprowadzenie do umów z abonentami jednoznacznych postanowień dotyczących jakości usługi. Wymaga się wprowadzenia postanowień określających prędkości minimalne, zwykle dostępne, maksymalne i deklarowane

¹ Dz. U. UE z 2015 r., L 310/1.

² BEREC. Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules, BoR (16)127, sierpień 2016 r.

³ Draft, Net Neutrality Regulatory Assessment Methodology, 1 czerwiec 2017, BoR (17) 112.

⁴ http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=28077.

w zakresie prędkości pobierania i wysyłania danych w sieciach stacjonarnych, a także prędkości szacunkowe maksymalne i prędkości deklarowane w sieciach ruchomych. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. e rozporządzenia 2015/2120, dostawca powinien w umowie zawrzeć jasne i zrozumiałe wyjaśnienie, 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 określonym w umowie. Dostawcy usług wykonali te obowiązki poprzez zmianę umów lub regulaminów świadczenia usługi. Konsekwencją powyższych zmian jest to, że ustalone w umowach prędkości przesyłu danych określają w sposób prawnie wiążący sposób wykonania usługi dostępu do Internetu.

Rozporządzenie 2015/2120 określa niektóre konsekwencje zmian wprowadzonych w umowach. 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, zgodnie z wymogami rozporządzenia, są uznawane za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi. Rodzaje i zakres tych środków określa prawodawca krajowy (Piątek, 2017, s. 299). Warunkiem osiągnięcia takiego skutku w zakresie stwierdzenia nienależytego wykonania umowy jest jednak ustalenie odnośnych faktów za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania. Dlatego skutki tych rozwiązań wzmacniających pozycję użytkowników usługi uzależnione są od uruchomienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości przewidzianego w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120.

Z przepisów rozporządzenia 2015/2120 wynika, że odpowiedzialność dostawcy usługi z powodu nienależytego wykonania usługi i możliwość dochodzenia roszczeń przez użytkownika na podstawie preferencyjnych warunków określonych w tym rozporządzeniu jest uzależniona od spełnienia dwóch przesłanek. Pierwszą przesłanką takich roszczeń, o charakterze materialnoprawnym, są stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi a wykonaniem określonym w umowie. Druga przesłanka, o charakterze dowodowym, dotyczy ustalenia faktów potwierdzających występowanie tych rozbieżności za pomocą mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny. Spełnienie drugiej przesłanki jest uzależnione od uruchomienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości usługi. Jest to jedno z trudniejszych zadań przewidzianych dla krajowych organów regulacyjnych w rozporządzeniu 2015/2120.

O sposobie realizacji tego zadania przez poszczególne państwa członkowskie UE można wnioskować na podstawie sprawozdań z realizacji rozporządzenia 2015/2120. Zgodnie z art. 5 ust. 1, akapit 2 rozporządzenia 2015/2120 sprawozdania takie powinny być publikowane co-rocennie przez krajowe organy regulacyjne. Pierwsze takie sprawozdania opublikowane zostały niedawno przez organy regulacyjne państw członkowskich UE⁵, w tym również Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej⁶. Urząd Komunikacji Elektronicznej podjął prace nad ustanowieniem

⁵ Wszystkie sprawozdania za pierwszy rok obowiązywania rozporządzenia są dostępne pod adresem: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-country-reports-open-internet-national-regulators-2017>.

⁶ Sprawozdanie dotyczące monitorowania wdrożenia regulacji Rozporządzenia 2015/2120 w zakresie otwartego Internetu w Polsce, Warszawa, czerwiec 2017, http://uke.gov.pl/files/?id_plik=27723.

odpowiedniego mechanizmu monitorowania jakości usługi⁷, zmierzające ostatecznie do przeprowadzenia konkursu na wybór podmiotu, któremu powierzone zostanie opracowanie mechanizmu monitorowania. Mechanizm monitorowania przygotowany przez podmiot wyłoniony w konkursie ma być następnie certyfikowany przez Prezesa UKE.

II. Odpowiedzialność dostawcy za jakość usługi dostępu do Internetu

Uruchomienie certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu powinno nastąpić z uwzględnieniem przeznaczenia i skutków zastosowania tego mechanizmu. U podstaw rozwiązań przyjętych w rozporządzeniu 2015/2120 w odniesieniu do certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości usługi leży odpowiedzialność dostawcy usługi za jej jakość.

Przepis art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 określa dwa warunki odpowiedzialności dostawcy usługi z tytułu nienależytej jakości w zakresie prędkości transmisji danych. Obydwa warunki powinny zostać uwzględnione przy określaniu zasad funkcjonowania i korzystania z mechanizmu monitorowania jakości. Pierwszy warunek zabezpiecza dostawcę przed odpowiedzialnością z powodu przejściowych, incydentalnych odstępstw od ustalonych w umowie parametrów jakościowych. Zgodnie z tym warunkiem przesłanką odpowiedzialności są tylko rozbieżności „stałe lub regularnie powtarzające się”. Interpretacja tych określeń może następować już na gruncie językowym, a przełożenie ich na wyniki pomiarów uzyskiwane z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości jest zadaniem szczególnie trudnym.

Na gruncie językowym można uznać, iż rozbieżności stałe występują w przypadku, gdy rozbieżność między faktyczną jakością usługi a jakością określoną w umowie występuje ciągle albo z nieistotnymi przerwami (np. w okresie najmniejszego natężenia ruchu w sieci). Rozbieżności regularnie powtarzające się to rozbieżności występujące z pewną częstotliwością, na przykład w okresach zwiększonego obciążenia sieci. Regularność występowania tych rozbieżności powinna być możliwa do ustalenia. Rozporządzenie 2015/2120 nie wskazuje okresu, w jakim należy wykazać stałość lub regularność występowania rozbieżności. Przesłanka stałości lub regularności występowania rozbieżności przemawia za tym, aby taki okres został jednoznacznie określony, a wyniki pomiarów za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania powinny wskazywać, w jakim okresie zostały one przeprowadzone.

Drugą przesłanką odpowiedzialności jest to, aby rozbieżności pomiędzy wynikami pomiarów a wymaganiami określonymi w umowie były „istotne”. Kryterium istotności dotyczy głównie wielkości różnicy pomiędzy parametrami ustalonymi w umowie a parametrami faktycznego wykonania usługi. Rozbieżność ta nie może być marginalna. Wydaje się, że istotność rozbieżności potwierdza naruszenie więcej niż jednego parametru jakości usługi podlegającego pomiarom. Należy jednak odnotować, iż Raport BEREC uznaje za podstawę do zastosowania środków chroniących prawa konsumenta naruszenie tylko pojedynczego wskaźnika określającego cechy jakościowe usługi⁸. Istotność rozbieżności może być uzależniona od wpływu określonego parametru usługi dostępowej na funkcjonalność określonych treści, aplikacji lub usług. Spełnienie wymogu istotności podlega

⁷ Certyfikowany mechanizm monitorowania – możliwości wprowadzenia w Polsce, prezentacja Departamentu Kontroli UKE, Warszawa, 27 lutego 2017 r.

⁸ BoR (17) 212, s. 23.

ocenie w postępowaniu, w którym użytkownik dochodzi odpowiedzialności dostawcy usługi z tytułu nienależytej jakości usługi.

Niezależnie od rozważań na gruncie językowym, kryteria stałości, regularności i istotności występujących rozbieżności wymagają doprecyzowania ze względu na masowość sporów dotyczących jakości usług dostępu do Internetu. Praktyka wskazuje, że dla osiągnięcia odpowiedniego skutku dowodowego z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu monitorowania, te ogólne określenia powinny być zoperacjonalizowane przez regulatora poprzez wskazanie minimalnych wymagań dotyczących sposobu dokonania pomiarów jakości usługi. Niektórzy regulatorzy krajowi podjęli już ustalenia w tych sprawach, precyzując minimalne wymogi dotyczące liczby pomiarów, ich rozkładu w czasie i stopnia dopuszczalnego naruszenia ustalonych parametrów jakościowych.

III. Funkcje certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości

Przepisy rozporządzenia 2015/2120 dotyczące certyfikowanego mechanizmu monitorowania są reakcją na liczne przypadki sporów dotyczących jakości usług i związane z tymi sporami trudności dowodowe. W świetle art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 przeznaczenie certyfikowanych mechanizmów monitorowania jakości związane jest z ustalaniem faktów istotnych dla oceny zgodności faktycznego wykonania usługi z wykonaniem należyтым, określonym w umowie. Ani przepis art. 4 ust. 4 rozporządzenia, ani Wytyczne BEREC nie wykluczają jednak możliwości wykorzystania takiego mechanizmu do innych celów, na przykład do tworzenia statystyk jakości usług dostępu do Internetu lub ułatwiania wyboru usługi potencjalnemu użytkownikowi w fazie przedkontraktowej. Funkcjonowanie takich mechanizmów powinno sprzyjać przejrzystości rynku i wspierać konkurencję jakościową pomiędzy dostawcami usług dostępowych. Dane uzyskiwane z mechanizmu monitorowania mogą być podstawą stosowania przez regulatora kompetencji w zakresie ustalania minimalnych poziomów jakości na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120 oraz wydawania odpowiednich przepisów krajowych.

Jednak szczególna funkcja mechanizmu związana jest z zapewnieniem podwyższonej mocy dowodowej faktów ustalonych za pomocą tego mechanizmu na potrzeby związanych z dochodzeniem odpowiedzialności dostawcy za jakość świadczonej usługi. Certyfikowany mechanizm monitorowania jakości może być wykorzystany do pomiaru rozbieżności dotyczących wykonania usługi „pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi”. Aspekty jakościowe usługi dostępowej nie zostały wyczerpująco określone w przepisach rozporządzenia 2015/2120. Przepisy te z reguły odnoszą się do prędkości oraz ogólnie wspomnianych innych parametrów jakościowych. Jedynie w motywie 9 rozporządzenia 2015/2120 wymieniono przykładowo różne aspekty technicznej jakości usługi, takie jak opóźnienie, zmienność opóźnienia, utrata pakietów oraz przepływność. Na szczególne znacznie prędkości transmisji dla jakości usługi wskazuje nie tylko art. 4 ust. 4, lecz także inne przepisy rozporządzenia. Nie ogranicza to możliwości kwestionowania naruszeń innych parametrów jakości usługi, choć warunkiem wykorzystania przez użytkowników uprawnienia określonego w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 jest objęcie również tych innych parametrów pomiarami z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu monitorowania. Narzędzia pomiarowe stosowane obecnie w państwach członkowskich UE uwzględniają zawsze parametry dotyczące prędkości transmisji danych, natomiast pozostałe parametry są uwzględnione w różnym zakresie.

Przepis art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 uzupełnia istniejące gwarancje ochrony uprawnień użytkowników usług w związku z ich niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem. Przepis art. 4 ust. 4 nie obejmuje typowego naruszenia obowiązków dostawcy, który polega na tzw. niedziałaniu usługi, czyli przerwach w dostępności usługi (Piątek, 2013, s. 642). Przerwy w funkcjonowaniu usługi podlegają odpowiedzialności na podstawie dotychczasowych przepisów krajowych, a skutki odszkodowawcze takich przerw są określone w umowach i regulaminach świadczenia usług. Angażowanie do potwierdzania przerw w funkcjonowaniu usługi certyfikowanego mechanizmu przewidzianego w art. 4 ust. 4 rozporządzenia nie jest konieczne, a mechanizm tego rodzaju nie jest zasadniczo przewidziany do potwierdzania takich okoliczności.

IV. Wymóg i procedura certyfikacji

Już z nazwy mechanizmu wynika, że jego szczególny status jest wynikiem certyfikacji. Certyfikacja jest przeprowadzana przez krajowy organ regulacyjny. Wymóg certyfikacji jest związany z tym, że opracowanie i przygotowanie mechanizmu monitorowania może być inicjatywą dowolnego podmiotu. Wytyczne BEREC potwierdzają, że mechanizmy monitorowania przez krajowy organ regulacyjny mogą być eksploatowane zarówno przez regulatora, jak i przez inne podmioty (pkt 161). Mogą to być w szczególności mechanizmy wypracowane przez dostawców usług łączności elektronicznej, w tym dostawców usług dostępu do Internetu, organizacje zrzeszające przedsiębiorców telekomunikacyjnych, organizacje konsumenckie, organy państwowe lub jednostki samorządu terytorialnego. W Polsce planowane jest pewne zawężenie kręgu podmiotów, które mogłyby zapewniać certyfikowany mechanizm monitorowania jakości. Świadczą o tym założenia konkursu na dostawcę takiego mechanizmu. UKE wymaga bowiem niezależności podmiotu, któremu powierzy opracowanie mechanizmu monitorowania, od dostawców usług dostępu do Internetu, w szczególności braku powiązań kapitałowych lub osobowych z nimi⁹.

Pewną słabością całej koncepcji certyfikowanego mechanizmu monitorowania, uwypukloną w wytycznych BEREC (pkt 161), jest brak po stronie państw członkowskich i ich organów regulacyjnych nie tylko obowiązku zapewnienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania, lecz także nawet ustanowienia samej procedury certyfikowania mechanizmów wypracowanych przez inne podmioty. Stanowisko BEREC w tej sprawie było słusznie poddawane krytyce w ramach konsultacji projektu Wytycznych. W przypadku braku mechanizmu monitorowania, przepis art. 4 ust. 4 traci praktyczne znaczenie jako środek usprawniający dochodzenie roszczeń przez użytkowników z tytułu nienależytej jakości usługi. Raport BEREC podtrzymuje stanowisko o fakultatywnym charakterze certyfikowanego mechanizmu, potwierdzając, że może być on dostępny tylko w niektórych państwach członkowskich¹⁰. Brak takiego mechanizmu w państwie członkowskim spowoduje, że użytkownicy usług będą dysponowali jedynie dotychczasowymi środkami służącymi ocenie jakości usługi, z których wykorzystaniem nie wiążą się prawne skutki dotyczące mocy dowodowej wyniku pomiarów i odpowiedzialności dostawcy przewidziane rozporządzeniem 2015/2120.

Brak procedury certyfikacji nie jest natomiast przeszkodą dla osiągnięcia celów rozporządzenia, jeżeli regulator samodzielnie dostarczy mechanizm monitorowania. W kwestii certyfikacji

⁹ Punkt 2.3.3. projektu „Dokumentacji konkursowej na wybór podmiotu, który zapewni system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do Internetu”.

¹⁰ BoR (17) 112, s. 23.

rozporządzenie 2015/2120 wprowadza bowiem zasadnicze rozróżnienie pomiędzy mechanizmem ustanowionym przez krajowy organ regulacyjny oraz mechanizmami opracowanymi przez inne podmioty. Wymóg certyfikacji odnosi się tylko do mechanizmów monitorowania jakości zapewnianych przez podmioty inne niż organ regulacyjny. Mechanizm stosowany przez organ regulacyjny nie wymaga certyfikacji. Zgodnie z wytycznymi BEREC (pkt 161) mechanizm stosowany przez regulator uznaje się za mechanizm certyfikowany w rozumieniu art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120, choć przepis rozporządzenia przewiduje określone skutki dowodowe tylko dla mechanizmów certyfikowanych. Wydaje się, że wytyczne BEREC, zwalniając mechanizm ustanowiony przez regulatora z wymogu certyfikacji, wykraczają poza ramy art. 4 ust. 4 rozporządzenia. BEREC podtrzymuje jednak swoje stanowisko w Raporcie BEREC z czerwca 2017 r.¹¹.

Z dotychczasowych działań Prezesa UKE wynika, że regulator nie zamierza stosować własnego mechanizmu monitorowania, lecz jest zainteresowany certyfikowaniem mechanizmu dostarczonego przez podmiot wyłoniony w odpowiednim postępowaniu konkursowym. Dlatego kluczowe znaczenie w praktyce krajowej będzie miała kwestia certyfikacji. Przepisy rozporządzenia 2015/2120 nie określają sposobu certyfikacji. Wytyczne BEREC (pkt 161) potwierdzają, że rozporządzenie nie zawiera rozstrzygnięć w tym zakresie. Raport BEREC wskazuje, że jest to sprawa wymagająca krajowych rozstrzygnięć¹².

Pojęcie certyfikacji nie ma ustalonego jednolitego znaczenia w systemie prawa polskiego. Zgodnie z art. 5 pkt 8 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności¹³ przez certyfikację należy rozumieć działanie jednostki certyfikującej, wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami. Podobną definicję certyfikacji zawiera art. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku¹⁴. Certyfikacja oznacza zatem urzędową weryfikację określonego produktu, jednostki, organizacji lub obiektu w świetle wymagań jakim powinny odpowiadać, zakończoną wydaniem rozstrzygnięcia w przedmiocie udzielenia lub odmowy certyfikatu.

Certyfikacja powinna być oparta na ustalonych regułach proceduralnych, które w tym przypadku pozostawiono do ustalenia władzom państw członkowskich. W Polsce, potencjalnie można rozważyć zastosowanie różnych rozwiązań proceduralnych. Rozstrzygnięcie organu regulacyjnego przyznające certyfikat na wniosek podmiotu zainteresowanego eksploataowaniem takiego mechanizmu ma wszelkie cechy decyzji administracyjnej w rozumieniu k.p.a. Kodeks normuje postępowanie przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych (art. 1 pkt 1 k.p.a.). Prezes UKE jest centralnym organem administracji państwowej, rozporządzenie 2015/2120 przyznaje mu kompetencję do podejmowania rozstrzygnięć w sprawie certyfikacji. Rozstrzygnięcie takie dotyczy sprawy indywidualnej związanej z ustanowieniem mechanizmu monitorowania jakości usługi. W przypadku, gdyby ogólne przepisy k.p.a. nie okazały się wystarczające w sprawach proceduralnych, reguły bardziej szczegółowe musiałyby zostać ustanowione w formie ustawy. Zachęta do takiego działania wynika z art. 4 ust. 3 rozporządzenia,

¹¹ BoR (17) 112, s. 23.

¹² BoR (17) 112, s. 23.

¹³ Dz.U. 2017, poz. 1226.

¹⁴ Dz.U. 2016, poz. 542.

który wskazuje, iż państwa członkowskie mogą wprowadzać dodatkowe wymogi w zakresie monitorowania, a monitorowanie jest zasadniczą funkcją realizowaną za pomocą certyfikowanych mechanizmów monitorowania.

Z treści projektu „Dokumentacji konkursowej” wynika, że Prezes UKE zamierza dokonać certyfikacji w formie oświadczenia woli o udzieleniu certyfikatu, doręczonego dostawcy mechanizmu monitorowania i ogłoszonego na stronie BIP UKE. Certyfikat ma być wydany na podstawie wyników badań przeprowadzonych przez niezależnego eksperta wyznaczonego przez Prezesa UKE. Warunki udzielenia certyfikatu ma określać porozumienie pomiędzy Prezesem UKE a podmiotem wyłonionym w drodze konkursu do przygotowania mechanizmu monitorowania jakości. Porozumienie to ma potwierdzać, iż udostępniony mechanizm jest certyfikowanym mechanizmem monitorowania, o którym mowa w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120. Wydanie certyfikatu na podstawie porozumienia z dostawcą mechanizmu monitorowania rodzi pytanie o skutki takiego działania w związku ze szczególną mocą dowodową pomiarów wykonanych za pomocą takiego mechanizmu. Certyfikat udzielony w wyniku działań niewładczych, opartych na porozumieniu Prezesa UKE z podmiotem wyłonionym w drodze konkursu, będzie kluczowym elementem, na którym ma się opierać skuteczność domniemania wynikającego z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 dotyczącego zgodności wyniku pomiarów ze stanem rzeczywistym. Skutki dowodowe związane z wynikiem pomiarów będą miały bezpośredni wpływ na sytuację procesową dostawców usługi dostępu do Internetu, którzy nie są stroną porozumienia. Natomiast z porozumienia wywodzić się będzie umocowanie mechanizmu monitorowania poprzez jego certyfikację. Wydaje się, że taki sposób certyfikacji może osłabić znaczenie domniemania wynikającego z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120. Znaczenie takiej certyfikacji podlega ocenie sądów orzekających o roszczeniach użytkowników dotyczących nienależytej jakości usługi, opartych na wynikach pomiarów dokonanych z wykorzystaniem takiego mechanizmu monitorowania.

Wymagania, jakie powinien spełniać mechanizm monitorowania jakości, stanowiące podstawę certyfikacji, wynikają pośrednio z opisu parametrów jakościowych usługi, jaki powinien być zawarty w umowie i publikowany przez dostawcę zgodnie z wymogami art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2015/2120. Minimalne wymagania dotyczą pomiaru różnych rodzajów prędkości transmisji danych wymienionych w rozporządzeniu. Mechanizm może obejmować również inne parametry jakościowe, ale należy podkreślić, iż rozporządzenie wymienia tylko prędkość transmisji jako obowiązkowy element składowy ustaleń w sprawie jakości usługi.

W świetle „Dokumentacji konkursowej” podstawowym warunkiem udzielenia certyfikatu jest zgodność mechanizmu monitorowania z opisem technicznym i funkcjonalnym systemu pomiarowego stanowiącym załącznik do „Dokumentacji konkursu”, ofertą złożoną w postępowaniu konkursowym oraz uzgodnieniami roboczymi dokonywanymi pomiędzy UKE a podmiotem wyłonionym w konkursie. Certyfikat będzie udzielony na okres 12 miesięcy i może być cofnięty w przypadkach określonych porozumieniem. Warunki udzielenia certyfikatu określone w „Dokumentacji konkursu” mieszczą się w bardzo ogólnych ramach wyznaczonych rozporządzeniem 2015/2120. Dokumentacja konkursu wyraźnie wskazuje na zamiar wybrania do certyfikacji jednego z narzędzi stosowanych już na rynku, dostosowanego do nowych wymagań. Warunkiem uczestnictwa w konkursie jest bowiem udostępnianie użytkownikom końcowym usług dostępu do Internetu aplikacji służącej do

1 pomiaru prędkości transmisji danych przez co najmniej 12 miesięcy poprzedzających datę ogłoszenia konkursu. Wyklucza to możliwość uczestnictwa w konkursie podmiotu, który dotychczas nie udostępniał narzędzia pomiarowego.

V. Korzystanie z certyfikowanego mechanizmu monitorującego

K
A
R
Z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 wynika, że szczególne skutki dowodowe związane z ustaleniem faktów dotyczących jakości usługi za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorującego dotyczą jedynie konsumentów. Zatem nie wszyscy użytkownicy usługi mogą korzystać z domniemania wynikającego z tego przepisu. To zawężające uregulowanie dotyczące skutków dowodowych zastosowania certyfikowanego mechanizmu monitorowania nie ogranicza jednak możliwości jego wykorzystania przez podmioty inne niż konsumenci oraz w celach innych niż dochodzenie roszczeń. Ani z rozporządzenia 2015/2120, ani z Wytycznych BEREC nie wynika jakakolwiek przesłanka przemawiająca za zakazem korzystania z certyfikowanego mechanizmu monitorowania przez innych użytkowników końcowych niż tylko konsumenci. Wytyczne BEREC (pkt 162) jednoznacznie wskazują, że mechanizm monitorowania jest przeznaczony dla wszystkich użytkowników końcowych. Mogą zatem z niego korzystać także pozostałe osoby fizyczne niebędące konsumentami oraz wszelkiego rodzaju jednostki organizacyjne korzystające z usługi dostępu do Internetu. Mechanizm monitorowania ma podstawowe znaczenie dla dostawców treści, aplikacji i usług w Internecie, gdyż od jakości usług transmisyjnych zależna jest jakość dostępu do ich usług.

Korzystanie z mechanizmu monitorowania nie jest uzależnione od zgłoszenia jakichkolwiek zastrzeżeń dotyczących jakości usługi. Wytyczne BEREC (pkt 162) wskazują, że za pomocą mechanizmu monitorowania użytkownik końcowy powinien mieć możliwość ustalenia czy jego usługa jest zgodna z obowiązującymi ustaleniami umownymi. Jeżeli mechanizm monitorowania został udostępniony, to nie można uzależniać możliwości korzystania z jego funkcji od wykazania, że występuje prawdopodobieństwo takiej niezgodności. Mechanizm monitorowania powinien być również wykorzystywany do realizacji zadań w zakresie monitorowania wykonania art. 3 i 4 rozporządzenia 2015/2120 przez organ regulacyjny. Dokumentacja konkursowa przygotowana przez Prezesa UKE zakłada, że mechanizm monitorowania będzie udostępniony przez jego dostawcę wszystkim użytkownikom usług dostępu do Internetu w Polsce. Wykorzystanie wyników pomiarów przez różne kategorie użytkowników dla dochodzenia roszczeń będzie natomiast uzależnione od warunków określonych w rozporządzeniu 2015/2120, które przewiduje szczególne skutki dowodowe zastosowania mechanizmu jedynie w odniesieniu do roszczeń konsumentów.

Rozporządzenie reguluje częściowo sprawę kosztów korzystania z mechanizmu. Koszty przygotowania, utrzymywania i eksploatacji mechanizmu mogą być znaczące. W przypadku mechanizmu monitorowania uruchomionego przez dostawcę usługi nie może on pobierać opłat za korzystanie z tego mechanizmu przez użytkownika. Z Wytycznych BEREC (pkt 162) wynika, że korzystanie z certyfikowanego mechanizmu monitorującego nie powinno powodować żadnych dodatkowych kosztów dla użytkownika końcowego. Użytkownik końcowy pokrywa tylko koszty związane z usługą, której walory jakościowe poddaje pomiarowi. Nie wydaje się, aby z Wytycznych BEREC zakazujących obciążania osób korzystających z mechanizmu monitorowania dodatkowymi kosztami wynikało, iż dokonywanie pomiarów nie powinno powodować konsumpcji danych objętych

limitem danych ustalonym dla danego użytkownika. Nie ma zatem wymogu, aby obejmować zużycie limitu danych związane z pomiarami rozwiązaniem opartym na *zero-ratingu* (Nałęcz, 2016, s. 33 in.), choć właśnie w tym przypadku miałyby to pewne uzasadnienie. Z zakazu dotyczącego obciążania kosztami użytkownika można wyprowadzić wniosek, że koszty przygotowania, eksploatacji i wykorzystywania mechanizmu monitorowania przez użytkowników końcowych pokrywa dysponent tego mechanizmu. Nie ma przy tym ograniczeń w zakresie wykorzystania przez dysponenta innych źródeł finansowania (np. opłat dostawców usług, reklamy).

Możliwość korzystania z certyfikowanego mechanizmu monitorowania w celu wykazania nienależytego wykonania umowy ze skutkami dowodowymi przewidzianymi rozporządzeniem 2015/2120 nie dotyczy wszystkich umów zawartych przez konsumentów. Dotyczy jedynie umów zawartych lub przedłużonych po dniu 29 listopada 2015 r. Jest to kwestia istotna jedynie w okresie kilku lat, gdyż umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych są z reguły zawierane na czas oznaczony w powiązaniu z warunkami promocyjnymi, czyli tzw. ulgą przyznaną przy zawarciu umowy. Określenie umów objętych skutkami rozporządzenia jest powiązane z datą graniczną 29 listopada 2015 r., czyli datą wejścia w życie rozporządzenia. Od tej daty wymagania dotyczące praw i obowiązków stron umów o świadczenie usług dostępu do Internetu były znane dostawcom i użytkownikom końcowym, choć rozporządzenie jeszcze nie podlegało stosowaniu. Okres stosowania rozporządzenia rozpoczął się w dniu 30 kwietnia 2016 r., a w Polsce od 1 stycznia 2017 r. Nie stanowi to jednak przeszkody, aby akapit drugi w art. 4 ust. 4 miał zastosowanie do umów wykonywanych na terenie Polski, które zostały zawarte lub przedłużone po dniu 29 listopada 2015 r. i nadal obowiązują. Dla ustalenia, które umowy są objęte tym przepisem kluczowe znaczenie mają czynności zawarcia i przedłużenia umowy. Wyjaśnienie, jakie przypadki są objęte omawianym przepisem jest istotne ze względu na bardzo zróżnicowaną praktykę kontraktową na rynku telekomunikacyjnym.

Czynność zawarcia umowy nie powinna budzić wątpliwości, gdyż dochodzi do skutku między stronami, które przed dniem 29 listopada 2015 r. nie były związane umową stanowiącą podstawę odpowiedzialności dostawcy usługi. Mogły być natomiast związane inną umową, która wygasła lub została rozwiązana. Czynność polegającą na zawarciu kolejnej umowy, w związku ze zbliżającym się terminem wygaśnięcia umowy wcześniejszej (niekiedy określana jako „aneksowanie” umowy) należy traktować jako zawarcie umowy i w przypadku, jeżeli nastąpiło to po dniu 29 listopada 2015 r. konsument może korzystać z dobrodziejstwa art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120. W związku z powszechną praktyką zawierania nowych umów między dostawcą a użytkownikiem usługi jeszcze przed wygaśnięciem umów wcześniejszych, dla zapewnienia ciągłości świadczenia usługi, należy podkreślić, że istotna jest data zawarcia umowy. Jeżeli zatem nowa umowa została zawarta przed dniem 29 listopada 2015 r. to, mimo że wchodziła w życie dopiero po wygaśnięciu wcześniejszej umowy, co przypadało po tej dacie, do takiej umowy art. 4 ust. 4 nie ma zastosowania. Istotna jest bowiem data zawarcia umowy, a nie data, od której ta umowa wchodzi w życie, po wygaśnięciu umowy wcześniejszej.

Czynność przedłużenia umowy, która wywiera skutek przewidziany omawianym przepisem oznacza zmianę terminu obowiązywania umowy na późniejszy, co może następować łącznie ze zmianą również innych warunków umowy. Dla zastosowania art. 4 ust. 4 ma jednak znaczenie jedynie czynność polegająca na przedłużeniu terminu obowiązywania umowy. Nie są natomiast

objęte przepisami art. 4 ust. 4 umowy, które zostały zawarte przed dniem 29 listopada 2015 r., a po tej dacie nastąpiła jedynie zmiana warunków umowy (np. prędkości, limitu danych, uruchomienia usług dodatkowych), ale bez przedłużenia okresu obowiązywania umowy. Ponieważ drugi akapit w art. 4 ust. 4 nie jest związany z terminem rozpoczęcia stosowania rozporządzenia na terenie Polski, ma on zastosowanie do wszystkich umów zawartych lub przedłużonych po dniu 29 listopada 2015 r.

VI. Charakter prawny wyników pomiarów

Przepis art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 stanowi, że w przypadku, gdy fakty dotyczące rozbieżności między faktycznym wykonaniem usługi a wykonaniem opisanym zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a–d zostały ustalone za pomocą mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny, wówczas rozbieżności te uznawane są za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługującej konsumentowi. Przepis ten wprowadza nową sytuację prawną w zakresie egzekwowania odpowiedzialności za nienależyte wykonanie usługi dostępu do Internetu. Na gruncie wcześniejszego prawa BEREC uznawał, iż wyniki pomiarów, ustalone za pomocą systemów monitorowania ustanowionych przez organy regulacyjne, podlegają ocenie w różnych postępowaniach prawnych z uwzględnieniem konkretnych okoliczności sprawy oraz uwarunkowań wynikających z prawa krajowego¹⁵. Wynik pomiarów dokonanych za pomocą systemu monitorowania zapewnianego przez organ regulacyjny był zatem poddawany ocenie w taki sam sposób, jak każdy inny dowód. Sformułowanie zawarte w art. 4 ust. 4, zgodnie z którym „odnośne fakty” ustalone za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania „uznawane są za nienależyte wykonanie” do celów uruchomienia środków ochrony prawnej zasadniczo zmienia tę sytuację.

Z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 2015/2120 wynika domniemanie prawne i w pierwszej kolejności należy ustalić przedmiot tego domniemania. Zakres i skutki domniemania będą uzależnione od rodzaju ustaleń dokonywanych za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania przewidzianego tym przepisem. Jeżeli obejmie on tylko dokonywanie pomiarów poszczególnych parametrów jakościowych usługi, wówczas domniemanie ogranicza się do przyjęcia wyniku takiego pomiaru za zgodny ze stanem rzeczywistym. Tego rodzaju domniemanie jest wzruszalne i można je obalić za pomocą dowodu przeciwnego, m.in. wyników pomiarów przeprowadzonych za pomocą innych mechanizmów certyfikowanych, o ile takie istnieją. Ponieważ do ustalenia tego samego stanu faktycznego w zakresie jakości usługi można zastosować różne mechanizmy monitorowania, to w przypadku uruchomienia większej liczby certyfikowanych mechanizmów monitorowania wyniki ustalone za pomocą takich mechanizmów będą miały taką samą wartość dowodową. W przypadku, gdyby w Polsce dopuszczono tylko jeden mechanizm certyfikowany, uchylenie domniemania musiałoby zostać oparte na innych okolicznościach podważających wiarygodność wyniku pomiarów.

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 a stanem określonym w umowie miały charakter stały lub regularny oraz były istotne. W przypadku, gdy

¹⁵ Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, 25.08.2014 r., BoR (14), 117, s. 15.

mechanizm monitorowania przewiduje pomiary z uwzględnieniem kryteriów stałości lub regularności oraz istotności, wówczas zakres domniemania jest szerszy i w razie wystąpienia rozbieżności między opisem usługi zawartym w umowie a faktami ustalonymi za pomocą mechanizmu monitorowania rozciąga się na potwierdzenie nienależytego wykonania usługi. W wariantach zarówno ograniczonym, jak i pełnym, domniemanie wynikające z art. 4 ust. 4 poprawia sytuację dowodową konsumenta dochodzącego roszczeń z tytułu nienależytej jakości usługi. Obowiązki dowodowe konsumenta ograniczają się do wykazania rozbieżności na podstawie wyników uzyskanych za pomocą certyfikowanego mechanizmu monitorowania. Ciężar przeprowadzenia ewentualnych dowodów wzruszających ustalenia dokonane w ten sposób spoczywa na dostawcy usługi. Ze względu na skutki dowodowe pomiarów istotne znaczenie ma metodologia ich prowadzenia.

VII. Zakres i metodologia pomiarów jakości usługi

Wytyczne BEREC zmierzają do ustalenia pewnych ram dla metodologii pomiarów, aby zapewnić jednolite stosowanie rozporządzenia. BEREC podkreśla jednak w Wytycznych (pkt 163), że organy regulacyjne mogą stosować wykorzystywane wcześniej metody pomiarowe, nawet gdyby nie były zgodne z wytycznymi BEREC. Taki charakter mają w Polsce metody dokonywania pomiarów przedstawione w „Raporcie z prac realizowanych w ramach memorandum w sprawie współpracy na rzecz podnoszenia jakości usług na rynku telekomunikacyjnym”¹⁶, który obejmuje również pomiary jakości usługi dostępu do Internetu w zakresie prędkości transmisji i opóźnienia pakietów.

Z odesłania w Wytycznych BEREC na temat monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu¹⁷ wynika zalecenie monitorowania co najmniej prędkości z sieci i do sieci (*download*, *upload*), opóźnienia, zmienności opóźnienia oraz poziomu utraty pakietów. Ponieważ jakość transmisji do innych systemów niż ten, w którym dostawca usługi prowadzi działalność ma znaczenie dla jakości usługi zaleca się, aby metodologia pomiarów obejmowała również połączenie sieci dostawcy usługi z innymi sieciami. W odniesieniu do sieci bezprzewodowych i ruchomych BEREC sugeruje uwzględnienie dodatkowych kryteriów dotyczących pokrycia zasięgiem takich sieci. Dokumentacja konkursowa opublikowana przez UKE wskazuje dwa rodzaje pomiarów obowiązkowych, które mechanizm powinien zapewniać, czyli prędkość pobierania i wysyłania danych oraz opóźnienie. Wskazano również dwa parametry transmisji, które mogą być uwzględnione w mechanizmie pomiarowym fakultatywnie, a mianowicie: zmienność opóźnienia i utratę pakietów.

Sprawom metod pomiaru poświęcona została odrębna sekcja Wytycznych BEREC (pkt 164–166), która dodatkowo odsyła do kilku innych dokumentów BEREC. W sprawie wdrażania mechanizmu pomiarów BEREC odsyła organy regulacyjne do dokumentu BOR (14) 117 „Monitoring quality of internet access services in the context of net neutrality” z 25 sierpnia 2014 r., raportów publikowanych przez BEREC w latach 2011–2014 oraz wyników przyszłych prac BEREC dotyczących regulacyjnej oceny jakości usług w związku z zasadą neutralności sieci (pkt 165). Wytyczne BEREC (pkt 164) wskazują na zasadność ograniczenia, w możliwym zakresie, czynników zaburzających wyniki pomiarów związanych ze środowiskiem użytkownika,

¹⁶ Wersja 1.04, z dnia 2014.02.07, s. 19 i n. s. 23 i n.. Pobrano z: https://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=15142.

¹⁷ BoR (14) 117.

takich jak równoczesny ruch w tle (*cross-traffic*) czy wpływ interfejsów pomiędzy bezprzewodowymi i przewodowymi odcinkami sieci.

Na podstawie dotychczasowych ustaleń BEREC zaleca (pkt 166), aby obliczenie prędkości było dokonywane poprzez podzielenie ilości danych przez jednostki czasu. Pomiar powinien być dokonywany dla obydwu kierunków transmisji, z sieci do użytkownika oraz od użytkownika do sieci. Prędkość powinna być ustalana na podstawie obciążenia pakietów IP danymi, na przykład z wykorzystaniem protokołu TCP jako protokołu warstwy transportowej. Pomiar powinien sięgać poza odcinek sieci (domenę) należący do dostawcy usługi. Szczegóły metodologii pomiarów powinny być upublicznione. Wcześniejszy raport BEREC wskazuje kilka mechanizmów pomiarowych eksploatowanych przez regulatorów krajowych (np. regulatora włoskiego, litewskiego, duńskiego, norweskiego i greckiego) oraz inne podmioty¹⁸. Przy ustalaniu metod pomiaru należy również wykorzystywać znane standardy ETSI, ITU-T oraz dokumenty RFC, m.in. RFC 6349 dotyczący pomiaru prędkości transmisji danych (*Framework for TCP Throughput Testing*). Dokumentacja konkursowa bezpośrednio wymaga, aby wynik pomiaru był zgodny z wynikiem pomiaru uzyskanym przy zastosowaniu metody opisanej w dokumencie RFC 6349. Inne standardy dotyczą opóźnień pakietów danych, zmienności tych opóźnień oraz poziomu utraty pakietów. Zaleca się także stosowanie powszechnie uznanych dobrych praktyk¹⁹.

Odesłanie w Wytycznych BEREC do raportu BOR (14) 117 wskazuje, że krajowy organ regulacyjny powinien rozważyć treść tego raportu przy wdrażaniu metodologii pomiarów. Oznacza to, że należy przede wszystkim rozważyć wskazane w tym raporcie zasady monitorowania jakości, które obejmują: dokładność, porównywalność, wiarygodność, otwartość oraz ponadczasowość (*future-proofness*). Z wymogu dokładności wynika, że wyniki pomiarów powinny być miarodajne, powtarzalne oraz spójne w czasie. Baza populacyjna pomiarów powinna być ściśle określona, a statystyczne opracowanie wyników powinno być dobrze udokumentowane, tak aby interpretacja wyników nie nasuwała wątpliwości. Pomiarów mogą być oparte na czysto technicznych wskaźnikach charakteryzujących jakość usługi oraz mogą uwzględniać percepcję jakości usługi przez użytkowników. Marginesy błędów dla tych pomiarów powinny być znane i publikowane. Wymóg porównywalności obejmuje zarówno prostą porównywalność wyników poszczególnych pomiarów, jak i porównywalność na wyższym poziomie, w szczególności porównywalność wyników uzyskiwanych w różnych sieciach, tak aby degradacja jakości w odniesieniu do różnych ofert, w tym degradacja spowodowana przez usługi wyspecjalizowane świadczone w sieci internetowej mogła być stwierdzona z odpowiednim poziomem pewności. Porównania wyników z różnych sieci powinny zawsze być ukazywane w kontekście szerszej analizy mającej na celu wyjaśnienie obserwowanych różnic. Wiarygodność mechanizmu pomiarów wymaga odporności jego komponentów na zagrożenia bezpieczeństwa i odpowiedniej ich ochrony. Dane muszą być zabezpieczone pod względem dostępności, integralności i poufności podczas ich zbierania i transmisji. Jest to szczególnie istotne, ponieważ zakończenia sieci, urządzenia końcowe oraz oprogramowanie po stronie użytkownika końcowego, które są koniecznym elementem takiego systemu monitorowania, są bardziej narażone na ataki pochodzące z sieci niż część systemu pozostająca pod kontrolą dysponenta systemu monitorowania jakości. System zarządzania musi być skonstruowany w sposób

¹⁸ BoR(11)53, s. 29.

¹⁹ Zob. m.in. Minimum Set of Quality of Service Parameters and Measurement Methods for Retail Internet Access Services, ECC Report 195, kwiecień 2013, <http://www.erodocdb.dk/Docs/doc98/official/pdf/ECCREP195.PDF>

ograniczający wpływ konfliktów interesów i powinien zapewniać wiarygodne rezultaty. Kwestie niezależności od operatora sieci, rozliczalności oraz prawnej wartości wyników pomiarów muszą być uwzględnione już na wczesnych etapach procesu projektowania systemu. Wymóg otwartości oznacza, że szczegóły metodologii pomiarów powinny być publicznie dostępne. Ponieważ są to z reguły systemy oparte na oprogramowaniu, istotny jest dostęp do kodu źródłowego takiego oprogramowania. Należy dążyć do przejrzystości zebranych danych, ale tylko w miarę możliwości wyznaczonych krajowymi przepisami. System pomiaru jakości powinien uwzględniać aktualne specyfikacje, standardy i zalecenia oraz dobre praktyki. Ponadczasowość oznacza, iż system powinien być elastyczny, skalowalny, powinien nadawać się do rozbudowy i adaptowania do przyszłych warunków. Istotna jest również efektywność kosztowa systemu we wszystkich fazach jego opracowania, wdrożenia i funkcjonowania.

W Polsce, ustawa – Prawo telekomunikacyjne reguluje od roku 2012 w art. 62a sprawę metody dokonywania pomiaru prędkości transmisji danych przy świadczeniu usługi dostępu do Internetu. Przepisy te zostały wprowadzone jako gwarancja materialna wymogu dodanego w art. 56 ust. 3 pkt 12 pt, który nakazuje określenie w umowie minimalnych oferowanych poziomów jakości usług, co dotyczy również minimalnej prędkości transmisji danych w przypadku świadczenia usługi dostępu do Internetu. Przepisy art. 62a pt zawierają rozwiązania mające na celu stworzenie warunków weryfikacji ustalonych poziomów jakości w zakresie usługi dostępu do Internetu. Ustalony poziom jakości może być zweryfikowany tylko poprzez pomiar osiągniętej rzeczywiście prędkości transmisyjnej. Dostawca usług powinien w związku z tym określić metodę, na podstawie której weryfikuje faktyczną jakość usługi. Obowiązek taki obciąża dostawcę usługi dostępu do Internetu, który podaje do wiadomości publicznej (np. w materiałach promocyjnych) lub określa w umowie prędkość transmisji danych. Podawanie prędkości jest niezbędne przy sprzedaży usługi, włączenie danych o jakości do umowy jest zaś wymagane w świetle art. 56 ust. 3 pkt 12 pt. W praktyce zatem, obowiązek ustalenia metody pomiaru dotyczy każdego przedsiębiorcy świadczącego taką usługę. Przedsiębiorca na żądanie Prezesa UKE jest zobowiązany do przekazania informacji o stosowanej metodzie pomiaru prędkości. Prezes UKE może w terminie 14 dni od przekazania informacji zgłosić sprzeciw dotyczący stosowanej metody pomiaru. Sprzeciw jest zgłaszany w formie decyzji administracyjnej. Prezes UKE jest ponadto na podstawie art. 62a ust. 3 zobowiązany do nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku stosowania innej metody pomiaru wskaźnika prędkości transmisji danych niż metoda objęta sprzeciwem. Prezes UKE jest uprawniony do weryfikacji prawidłowości wyniku pomiaru z wykorzystaniem metod, które nie zostały objęte sprzeciwem lub zostały ustalone jego decyzją. Przepisy art. 62a pt nie określają w sposób szczególny skutków rozbieżności pomiędzy prędkością ustaloną przez przedsiębiorcę oraz wynikiem pomiaru przeprowadzonego przez Prezesa UKE. W takim przypadku Prezes UKE nakłada jednak w drodze decyzji na przedsiębiorcę obowiązek dostosowania prędkości transmisji danych do prędkości deklarowanej w materiałach promocyjnych lub określonej w umowie, w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji. Rozwiązania przyjęte w art. 62a pt są trudne do pogodzenia z nowymi wymaganiami wynikającymi z art. 2015/2120 i były wynikiem inicjatywy ustawodawcy krajowego, której zgodność z dyrektywami unijnymi o łączności elektronicznej może być kwestionowana (Krasuski, 2015, komentarz do art. 62a). Po wdrożeniu certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości usługi mogą być zniesione.

VIII. Działania regulatorów krajowych w zakresie uruchomienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania

Uruchamianie certyfikowanych mechanizmów monitorowania jakości usługi w państwach członkowskich UE napotyka szereg przeszkód. Powodują one, że mechanizmy takie zostały do-tychczas uruchomione przez regulatorów krajowych jedynie w kilku państwach członkowskich UE.

UKE początkowo ogłosił, iż zamierza złożyć zamówienie publiczne na zaprojektowanie, zrealizowanie i wdrożenie systemu monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu²⁰, co wskazywało na zamiar uruchomienia własnego mechanizmu. Badanie jakości usługi dostępu do Internetu miało się opierać się na teście inicjowanym z urządzenia końcowego użytkownika w relacji z serwerem testowym zlokalizowanym w punkcie wymiany ruchu. System miał umożliwiać wyznaczanie wartości wskaźników jakości usługi dostępu do Internetu w zakresie: prędkości pobierania danych, prędkości wysyłania danych, opóźnienia pakietów, zmienności opóźnienia pakietów (*jitter*), stopy utraty pakietów. System miał 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 miał 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 miała 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 miała umożliwiać rejestrację konta użytkownika, przeprowadzenie testu oraz udostępnienie zarejestrowanemu użytkownikowi przeglądu historii wykonanych testów, wygenerowanie raportu z testów i udostępnienie go stronie trzeciej (np. dostawcy usługi). Wprawdzie UKE nie uruchomił własnego mechanizmu zgodnego z tymi założeniami, napotykając różnego rodzaju trudności (Jaślan, 2017, s. 1), ale ich przytoczenie obrazuje zakres oczekiwań regulatora związanych z funkcjonowaniem mechanizmu.

Według danych UKE tylko kilka państw UE posiada certyfikowany mechanizm monitorujący²¹. Kilkanaście państw stosuje tzw. mechanizm rekomendowany weryfikacji jakości usługi, który jednak nie wywołuje skutków przewidzianych w rozporządzeniu. W świetle sprawozdań z realizacji rozporządzenia 2015/2120 przedstawionych przez organy regulacyjne państw członkowskich UE, certyfikowany mechanizm monitorujący funkcjonuje w Niemczech, we Włoszech, w Portugalii, Chorwacji, Norwegii, na Litwie i Łotwie. Regulator niemiecki Bundesnetzagentur uznaje swoje narzędzie pomiarowe „Breitbandmessung”, dostarczone przez zewnętrzny podmiot, za narzędzie spełniające wymagania certyfikowanego mechanizmu monitorowania²². Co więcej, regulator niemiecki wyznaczył skonkretyzowane wymagania dotyczące istotności, stałości i regularności występowania rozbieżności pomiędzy przeprowadzonymi pomiarami a uzgodnioną w umowie

²⁰ Komunikat UKE z 22.06.2016. Pobrano z: www.uke.gov.pl.

²¹ Certyfikowany mechanizm monitorowania - możliwości wprowadzenia w Polsce, prezentacja Departamentu Kontroli UKE, Warszawa, 27 lutego 2017 r., s. 8.

²² Net Neutrality in Germany. Annual Report 2016/2017. Report of the Bundesnetzagentur to the European Commission and BEREC pursuant to Art. 5 (1) Regulation (EU) 2015/2120. Reporting period: May 2016 to April 2017, s. 15.

prędkością usługi stacjonarnej²³. Regulator włoski AGCOM dostosował narzędzie „Nemesys”, wykorzystywane od 2010 r. do aktualnych wymagań w zakresie pomiarów w sieci stacjonarnej. Certyfikat został udzielony przez komórkę techniczną właściwego ministerstwa. Wyniki pomiarów mogą być stosowane w postępowaniach spornych, przy czym AGCOM określił minimalne wymagania dotyczące sposobu przeprowadzania pomiarów dla wykazania rozbieżności istotnych, stałych i regularnych²⁴. Regulator chorwacki wyznaczył mechanizm HAKOMetar i potwierdza, że dane uzyskiwane za jego pomocą są podstawą do rozstrzygania sporów dotyczących jakości usługi. Dane zbiorcze mogą być wykorzystywane do porównywania ofert różnych dostawców, a ponadto służą do oceny wpływu usług specjalistycznych na usługę dostępową oraz do oceny postępów w wykorzystaniu nowych technologii do poprawy jakości usługi dostępowej²⁵. Regulator portugalski ANACOM wyznaczył do celów monitorowania własny system NET.mede, który nie tylko umożliwia dokonywanie pomiarów prędkości i opóźnień, lecz także ustalania czy dostawca nie stosuje niektórych zakazanych technik zarządzania ruchem internetowym²⁶. Regulator norweski NKOM uruchomił własny mechanizm Netfart, który pozwala zmierzyć prędkość transmisji w obydwu kierunkach oraz opóźnienie i przedstawić wynik w porównaniu ze średnią dla wszystkich innych zarejestrowanych pomiarów tego samego użytkownika²⁷. Regulator litewski wskazuje w swoim raporcie²⁸, że do celów monitoringu stosowany jest własny system MATUOK, który pozwala na pomiar prędkości usługi i umożliwia porównanie uzyskanego wyniku z warunkami określonymi w umowie, ale wynik uzyskany z wykorzystaniem tego systemu nie jest prawnie wiążący. Może być jednak wykorzystany w postępowaniu dotyczącym nienależytej jakości usługi. Regulator łotewski oferuje na swojej stronie możliwość przeprowadzenia tekstu wykorzystywanej usługi²⁹.

Powyższy przegląd wskazuje, iż mechanizmy monitorowania uznawane przez regulatorów krajowych funkcjonują tylko w państwach, które uruchomiły takie mechanizmy w przeszłości, z własnej inicjatywy i umożliwiają pomiar jakości usług użytkownikom. Są to mechanizmy zarządzane przez regulatorów krajowych, niekiedy dostosowywane do aktualnych wymagań. Z tego względu nie wystąpił problem ich certyfikacji. Ponieważ większość tych rozwiązań powstało w okresie, w którym nie przypisywano wynikom pomiarów podwyższonej mocy dowodowej, z reguły brak wskazań, aby wyniki generowane przez te mechanizmy korzystały z takiego statusu obecnie. Jedynie wyjątkowo potwierdza się, że wyniki pomiarów należy traktować jak wyniki mechanizmu certyfikowanego. Zatem w większości państw członkowskich UE, w których występują mechanizmy pomiaru uznane przez regulatorów krajowych, cele wynikające z rozporządzenia 2015/2120 nie zostały w pełni osiągnięte.

Z wielu sprawozdań złożonych przez regulatorów działających w innych państwach członkowskich UE wynika, że dopiero badają oni różne warianty ustanowienia certyfikowanego mechanizmu monitorowania. Dotyczy to również państw członkowskich o największym doświadczeniu

²³ Brakuje co najmniej jednego pomiaru przekraczającego 90% prędkości minimalnej w ciągu dwóch dni, nieosiągnięcie prędkości zwykle dostępnej w 90% pomiarów, spadek poniżej prędkości minimalnej w ciągu dwóch dni pomiarów. Wymaga się co najmniej 20 pomiarów, w ciągu 2 dni, co najmniej 10 pomiarów każdego dnia, pomiary są dokonywane na łączu LAN, z wykorzystaniem zainstalowanego narzędzia „Breitbandmessung”.

²⁴ AGCOM, Relazione annuale per l'anno 2017 ai sensi dell'art. 5 comma 1 del Regolamento (UE) 2015/2120, s. 11–12.

²⁵ HAKOM, Report on the National Implementation of the Regulation (EU) 2015/2120, Zagrzeb 2017, s. 3. [https://www.hakom.hr/UserDocsImages/2017/mreznna_neutralnost/lizvje%20C5%A1%C4%87e%20o%20provedbi%20Uredbe%20\(EU\)%202015_2120-HAKOM.pdf](https://www.hakom.hr/UserDocsImages/2017/mreznna_neutralnost/lizvje%20C5%A1%C4%87e%20o%20provedbi%20Uredbe%20(EU)%202015_2120-HAKOM.pdf)

²⁶ <http://www.netmede.pt/>

²⁷ <http://www.netfart.no/>

²⁸ Monitoring of network neutrality and implementation of the Regulation (EU) 2015/2120 in Lithuania. Report to the European Commission, s. 5.

²⁹ <https://www.sprk.gov.lv/itest>

w zakresie regulowania sektora łączności elektronicznej. Regulator brytyjski OFCOM wskazuje, iż obecnie użytkownicy w sprawach dotyczących niezadawalającej jakości usługi korzystają głównie z uprawnień wynikających z dobrowolnych kodeksów dotyczących zapewniania minimalnej prędkości transmisyjnej, których naruszenie stanowi podstawę do rozwiązania umowy bez ponoszenia negatywnych konsekwencji finansowych przez użytkownika usługi. OFCOM nie dokonał jeszcze certyfikacji żadnego nowego mechanizmu monitorowania. Uruchomiono natomiast narzędzie służące weryfikacji jakości usługi w postaci aplikacji dla urzędzeń telekomunikacji ruchomej oraz usługi dostępnej na stronie OFCOM dla urzędzeń stacjonarnych, pozwalające na sprawdzenie prędkości transmisji. OFCOM zamierza po analizie doświadczeń związanych z wykorzystywaniem tego nowego narzędzia, dostosować je do wymagań przewidzianych dla certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości³⁰. Regulator szwedzki PTS przyznaje, że ani nie zbudował własnego narzędzia pomiarowego, ani nie certyfikował narzędzia innego podmiotu, choć rozpatruje oferty różnych potencjalnych dostawców i oczekuje na wynik prac BEREC nad przygotowaniem mechanizmu monitorowania³¹. Podobne podejście reprezentuje regulator irlandzki Commission for Communications Regulation³². Prace nad mechanizmem monitorowania zapowiada również regulator francuski ARCEP, który szczególne nadzieje wiąże z wynikami przygotowań BEREC w zakresie opracowania mechanizmu monitorowania³³.

Polski regulator przeprowadził analizę trzech potencjalnych rozwiązań³⁴. Pierwsze polegało na certyfikowaniu jednego z istniejących na rynku narzędzi, działającego i wykorzystywanego przez użytkowników Internetu w Polsce. W tym celu UKE zidentyfikował kilka wykorzystywanych na rynku systemów pomiaru prędkości i innych cech jakościowych usługi. Drugie rozwiązanie polegało na dostarczeniu odpowiedniego narzędzia przez Prezesa UKE. Trzecie rozwiązanie miało polegać na certyfikowaniu narzędzia dostarczonego wspólnym wysiłkiem przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Narzędzie dostarczone przez operatorów musiałoby zostać przygotowane, a następnie utrzymywane przez nich. Ogłoszenie projektu Dokumentacji konkursowej wskazuje, że regulator krajowy zdecydował się na wybór pierwszego z tych rozwiązań.

IX. Podsumowanie

Certyfikowany mechanizm monitorowania jakości usługi dostępu do Internetu jest ważnym elementem rozwiązań wzmacniających pozycję użytkownika usługi w stosunku do dostawców usługi w przypadku nienależytej jakości usługi. Wyniki pomiarów jakości usługi z wykorzystaniem takiego mechanizmu, przeprowadzone w odpowiedni sposób, korzystają z domniemania ułatwiającego użytkownikowi dochodzenie roszczeń. Jednakże uruchomienie mechanizmu pomiarowego spełniającego wymagania określone w rozporządzeniu 2015/2120 jest zadaniem trudnym. Dotychczas funkcjonują mechanizmy pomiarowe uruchomione lub autoryzowane przez regulatorów krajowych w latach ubiegłych, które w większości nie są uznawane za mechanizmy certyfikowane. Zadania związane z uruchomieniem takich mechanizmów napotykają na trudności również ze względu na

³⁰ OFCOM. Monitoring compliance with the EU Net Neutrality regulation. A report to the European Commission. 23 czerwca 2017 r., s. 17.

³¹ PTS. Net neutrality report 2016/2017. Report to the European Commission and BEREC according to regulation (EU) 2015/2120, s. 23.

³² Implementation of EU Net Neutrality Regulations in Ireland. 2017 Report (1 May 2016 to 30 April 2017). ComReg 17/61, 30 czerwca 2017, s. 5.

³³ ARCEP. L'état d'internet en France 2017, s. 87.

³⁴ UKE. Sprawozdanie dotyczące monitorowania wdrożenia regulacji Rozporządzenia 2015/2120 w zakresie otwartego Internetu w Polsce, czerwiec 2017, s. 8.

dość niejednoznaczne rozstrzygnięcia zawarte w rozporządzeniu 2015/2120. Spośród różnych możliwości uruchomienia mechanizmu monitorowania jakości usługi polski regulator wybrał wariant polegający na wyborze w drodze konkursu dostawcy takiego mechanizmu, który na podstawie porozumienia z Prezesem UKE uzyska certyfikat potwierdzający zgodność mechanizmu z wymaganiami rozporządzenia. Przyjęty wariant certyfikacji, oparty na czynności o charakterze niewładczym, może osłabiać skutki dowodowe wyników pomiarów uzyskanych z wykorzystaniem tego mechanizmu. Ograniczenie konkursu do podmiotów, które już wcześniej udostępniały narzędzia pomiarowe użytkownikom usługi dostępu do Internetu wskazuje na zamiar certyfikacji jednego z narzędzi sprawdzonych już w praktyce. Ograniczenie warunków certyfikacji w taki sposób, iż dopuszcza się ustanowienie tylko jednego mechanizmu certyfikowanego zawęża rozwiązania przewidziane w rozporządzeniu 2015/2120, ale może odpowiadać realiom związanym z opracowaniem i utrzymaniem takiego mechanizmu.

Bibliografia

- Jaślan, M. (2017). *UKE powraca z nową koncepcją monitorowania jakości usług internetowych*. Pobrano z: <http://www.telko.in/uke-powraca-z-nowa-koncepcja-monitorowania-jakosci-uslug-internetowych> (12.08.2017).
- Krasuski, A.J. (2015). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, LEX.
- Nałęcz, A. (2016). Zero-rating a usługa dostępu do Internetu i usługi specjalistyczne, *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(5).
- Piątek, S. (2013). *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Piątek, S. (2017). *Rozporządzenie UE Nr 2015/2120 w zakresie dostępu do otwartego internetu. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.