

Warszawa, dnia 14.12.2018

ID KIKE: GRAP-897-18

Szanowny Pan Marcin Cichy
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Dotyczy: zmiana wzorców umownych a certyfikowany system pomiaru prędkości internetu

Szanowny Panie Prezesie,

w dniu 28 listopada 2018 roku na stronie internetowej Centrum Informacji Konsumentckiej Urzędu Komunikacji Elektronicznej (www.cik.uke.gov.pl)¹ pojawił się komunikat o możliwości korzystania przez konsumentów z certyfikowanego przez UKE systemu pomiarowego *PRO Speed Test*. Narzędzie dostępne jest od 1 grudnia b.r. na stronie internetowej <http://pro.speedtest.pl/>. Wedle zamieszczonego komunikatu, aplikacja ta jest certyfikowanym mechanizmem monitorowania jakości usługi dostępu do internetu w rozumieniu art. 4 ust. 4 *Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2015/2120 o otwartym internecie*. Jak podano na stronie UKE², zgodnie z art. 4 powołanego rozporządzenia (które ma bezpośrednie zastosowanie w Polsce) pomiar wykonany za pomocą mechanizmu pozwala stwierdzić nienależyte wykonanie umowy i skuteczne dochodzenie roszczeń konsumenta wobec dostawcy usług.

Niezależnie od powyższego trzeba przypomnieć, że art. 60a ust. 1 i ust. 3a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *prawo telekomunikacyjne* (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1954 z późn. zm., dalej: **PT**) przewiduje określoną procedurę wdrożenia zmian do obowiązujących abonentów warunków umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym m.in. poprzez komunikat na www dostawcy usług w razie, gdy zmiana w regulaminie wynika przede wszystkim (i) **ze zmian przepisów prawa** czy (ii) **decyzji Prezesa UKE**. Jednocześnie, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika bezpośrednio ze zmian przepisów prawa czy decyzji Prezesa UKE, o której mowa

¹ <https://cik.uke.gov.pl/uslugi-teleko/pytania-i-odpowiedzi/pomiar-predkosci-internetu/#!>

² <https://uke.gov.pl/akt/konsumenci-otrzymali-narzedzie-do-monitorowania-jakosci-internetu.143.html>

w art. 63 ust. 2a PT, abonent zobowiązany jest zwrócić dostawcy usług ulgę, o której mowa w art. 57 ust. 6 PT w sytuacji, gdy na proponowane zmiany się nie godzi i dochodzi do rozwiązania obowiązującej umowy (zob. art. 60a ust. 3 w związku z art. 60a ust. 2 PT i art. 60a ust. 1 PT).

Biorąc pod uwagę opisane powyżej ramy prawne oraz okoliczności wdrożenia certyfikowanego narzędzia, Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej (dalej: **Izba** lub **KIKE**) uprzejmie prosi Pana Prezesa o zajęcie stanowiska co do poniższych wątpliwości i udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) czy wedle Prezesa UKE certyfikowany mechanizm monitorowania jakości internetu *PRO Speed Test* należy traktować obecnie jako jedyne, obiektywne narzędzie, w oparciu o które możliwe jest składanie reklamacji lub uznawanie składanych reklamacji (biorąc pod uwagę wyniki testu) za niezasadne? Inaczej mówiąc, czy operatorzy telekomunikacyjni mogą powoływać się w swoich regulaminach na inne, niż certyfikowany mechanizm, sposoby/mechanizmy weryfikowania gwarantowanej przez nich prędkości internetu, z zastrzeżeniem, że zapisami regulaminów nie wyłączają stosowania certyfikowanego mechanizmu *PRO Speed Test*?
- 2) czy certyfikowanie mechanizmu *PRO Speed Test* i uznanie go (wedle wyżej powołanych komunikatów) za narzędzie pozwalające stwierdzić nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych nastąpiło na podstawie decyzji administracyjnej Prezesa UKE, a jeśli tak, to czy decyzja jest lub będzie przez Prezesa UKE opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznej UKE lub w innym miejscu?
- 3) w razie, gdyby na pytanie drugie odpowiedź była negatywna, to czy według Prezesa UKE wprowadzenie certyfikowanego systemu pomiarowego *PRO Speed Test* należy traktować jako zmianę wynikającą z pełnego wdrożenia do polskiego porządku prawnego przepisów art. 4 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 roku ustanawiającego *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 UE**), a tym samym spowodowaną tym wdrożeniem konieczność modyfikacji regulaminów świadczenia usług telekomunikacyjnych należy traktować jako zmianę wynikającą ze zmian przepisów prawa?

Na wstępie zaznaczyć należy, iż Izba nie kwestionuje zasadności wprowadzenia przez Prezesa UKE certyfikowanego systemu pomiarowego, a pragnie jedynie uzyskać stanowisko Prezesa UKE co do konsekwencji prawnych związanych z jego wprowadzeniem, w szczególności w zakresie ewentualnej konieczności kolejnej (po 1 grudnia 2018 roku) modyfikacji stosowanych wśród przedsiębiorców telekomunikacyjnych wzorców regulaminów świadczenia usług telekomunikacyjnych.

KIKE zauważa, że stosownie do treści art. 4 ust. 1 lit. d) Rozporządzenia UE, na dostawcę usług zostały nałożone określone obowiązki w zakresie zapewnienia, aby każda umowa, która obejmuje usługę dostępu do internetu, zawierała co najmniej elementy wskazane w tej regulacji, m.in. jasne i zrozumiałe wyjaśnienia dotyczące minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu (w przypadku sieci stacjonarnych) lub dotyczące szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu (w przypadku sieci ruchomych).

Natomiast art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE stanowi, że 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 deklarowanym w umowie zawartej z konkretnym abonentem, **jeżeli rozbieżności te zostaną ustalone przy pomocy mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny - uznawane są za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym**. Za taki mechanizm monitorowania certyfikowany przez krajowy organ regulacyjny należy uznać aplikację *PRO Speed Test*. Nadto, przepis ten wprowadza niejako domniemanie, iż wynik uzyskany za pomocą certyfikowanego systemu pomiarowego *PRO Speed Test* jest zgodny ze stanem rzeczywistym. Domniemanie to jest bliskie domniemaniu, jakie przysługuje dokumentom urzędowym, które stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone (art. 6 k.p.a.)³.

KIKE wskazuje, że przed wprowadzeniem certyfikowanego systemu pomiarowego *PRO Speed Test* (tj. przed 1.12.2018), przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mieli możliwości, aby nałożony na nich obowiązek spełniać w sposób jednakowy. ISP dysponowali różnymi, często stworzonymi specjalnie dla własnych potrzeb, narzędziami i aplikacjami do pomiaru i określania prędkości pobierania i przesyłania danych. W celu realizacji ciężącego na przedsiębiorcach telekomunikacyjnych prawnego obowiązku (podawania minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości), określali oni sposoby pomiaru (i gwarancji) prędkości w różny sposób, starając się, aby pomiary te jak najbardziej odpowiadały rzeczywistości. Z uwagi na konieczność ujęcia w umowach danych dotyczących jakości usług (zob. art. 56 ust. 3 pkt 12 PT i wprost stosowanego art. 4 ust. 1 lit. d) Rozporządzenia UE), przedsiębiorcy telekomunikacyjni przed wprowadzeniem *PRO Speed Test* wskazywali w regulaminach świadczenia usług telekomunikacyjnych nie tylko wynikające z Rozporządzenia UE prędkości, ale także dla zapewnienia czytelności pomiarów bardzo często sposób, w jaki parametry te są mierzone np. określano miejsce/urządzenie, w którym prędkości mogą być mierzone, lub udostępniano abonentom bezpłatne narzędzia, które umożliwiały im samodzielne wykonywanie pomiarów.

W związku z powyższym, pojawia się wątpliwość, czy stosowane do tej pory i opisane w regulaminach rozwiązania wymagają zmiany, a jeśli tak, to jakie konsekwencje wywołuje to dla

³ Stanisław Piątek, *Nowe warunki prawne świadczenia usług dostępu do Internetu*, (w:) internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, 2016, str. 72.
dostęp: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-f0ccd8b5-4ec0-490e-a826-447db3786321>

relacji ISP-abonent. KIKE podkreśla, że ewentualna zmiana warunków umów (regulaminów) w istocie nie wynika z woli przedsiębiorców telekomunikacyjnych, lecz zostaje niejako wymuszona przez wprowadzenie przez Prezesa UKE certyfikowanego systemu pomiarowego w oparciu o regulacje Rozporządzenia UE. Co więcej, zmiany te są korzystne dla abonentów i dążą do ujednoczenia systemów pomiaru jakości usług w skali kraju (umożliwiają np. porównywanie jakości usług). Z drugiej strony chronią też operatorów przed niezasadnymi zarzutami o złej jakości ich usług.

Doniosłość udzielonych odpowiedzi na zadane przez KIKE pytania przejawia się przede wszystkim w tym, że w razie uznania, że wprowadzenie do stosowania certyfikowanego mechanizmu *PRO Speed Test* i spowodowane tym zmiany regulaminów świadczenia usług nie wynikają ani z decyzji Prezesa UKE ani z przepisów prawa, to będzie rodziło to po stronie przedsiębiorców telekomunikacyjnych negatywne konsekwencje związane z możliwością przedwczesnego wypowiedzenia umowy przez abonenta, bez prawa domagania się przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zapłaty przyznanych ulg. Uznanie, że wprowadzenie mechanizmu nie wynika ani z decyzji ani z przepisów i w związku z tym pojawi się opisane powyżej ryzyko nie doprowadzi z kolei do ujednoczenia stosowanych przez ISP mechanizmów, którzy oprócz stosowania wdrożonego przez Prezesa UKE narzędzia certyfikowanego nadal zmuszeni będą powoływać się w regulaminach na przyjęte przez nich do tej pory rozwiązania.

Ewentualne doprecyzowanie, że mechanizm *PRO Speed Test* został wprowadzony w drodze decyzji Prezesa UKE, nie powinien budzić wątpliwości, a podstawy można by upatrywać wprost w przepisie art. 63 ust. 2a PT, który dopuszcza możliwość określenia przez Prezesa UKE w drodze decyzji administracyjnej minimalnych wymogów dotyczących jakości usług. W ocenie Izby, takie minimalne wymogi dotyczące jakości usług mogą właśnie zostać określone jako wynik stosowania certyfikowanego systemu pomiaru *PRO Speed Test* – nie muszą stanowić odgórnych, konkretnie wskazanych wytycznych dla każdego ISP. Podkreślamy, że stosownie do treści art. 192 ust.1 pkt 5aa PT, do zakresu działalności Prezesa UKE należy m.in. realizacja obowiązków nałożonych na krajowy organ regulacyjny i kontrolowanie realizacji pozostałych obowiązków, wynikających z przepisów Rozporządzenia UE.

Jednocześnie, w ocenie KIKE wprowadzenie certyfikowanego systemu pomiarowego *PRO Speed Test* może zostać uznane za wdrożenie przepisów Rozporządzenia UE, a spowodowane tym zmiany w regulaminach uznane jako wynikające ze zmiany obowiązujących przepisów, aczkolwiek nieco przesuniętych w czasie. Za stanowiskiem tym przemawia szereg argumentów. Rozporządzenie UE stanowi część powszechnie obowiązującego w Polsce porządku prawnego. Ma ono jednoznacznie normatywny charakter. Jak już wspomniano, art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE pozwala organowi regulacyjnemu na wprowadzenie certyfikowanego mechanizmu monitorowania pomiaru, za pomocą którego możliwe będzie ustalenie rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi, a tym, do czego zobowiązał się w umowie ISP. Wyniki otrzymane przy użyciu tegoż systemu mogą natomiast wywoływać skutek w postaci uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentom. Skoro Rozporządzenie UE stosuje się od dnia 30 kwietnia 2016 r., to należałoby uznać, że wprowadzenie przez Prezesa UKE z dniem 1 grudnia 2018 roku mechanizmu *PRO Speed Test* jest wdrożeniem przywołanej regulacji, a więc *de facto*

zmianą stanu prawnego, wywołującą określone skutki w sferze stosunków pomiędzy przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a konsumentem (nowa podstawa weryfikacji świadczonej usługi i ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej względem konsumenta). Tym samym do polskiego porządku prawnego wdrożone zostało rozwiązanie, w sposób ściśle określony przez przepisy prawa obowiązujące na terenie UE. Innymi słowy, brak wprowadzenia podobnego mechanizmu monitorowania wcześniej, równocześnie z rozpoczęciem stosowania Rozporządzenia UE, również przemawia za tym, aby wdrożenie certyfikowanego systemu pomiarowego *PRO Speed Test*, w konsekwencji ewentualne zmiany regulaminów, było uznawane za wynikające ze zmian stanu prawnego.

KIKIE ma nadzieję, że niniejsze pismo i udzielone na nie odpowiedzi, które można wysłać na adres biuro@kike.pl, wyjaśnią stwierdzone wątpliwości i tym samym wyeliminują niepewność związaną z wprowadzeniem omawianego mechanizmu.

Z poważaniem,

Karol Skupień

Łukasz Bazański

Prezes KIKE

Radca prawny

Grupa Robocza ds.
Administracji Publicznej KIKE

Grupa Robocza ds.
Administracji Publicznej KIKE
Kancelaria itB Legal