

URZĄD KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

DEPARTAMENT POLITYKI KONSUMENCKIEJ

Warszawa, 24 stycznia 2019 r.

DPK.ZUD.6001.1.2019.1

**Krajowa Izba Komunikacji
Ethernetowej**
ul. Lindleya 16
02-013 Warszawa

Szanowni Państwo,

w odpowiedzi na pismo z dnia 14 grudnia 2018 r. dotyczące zmiany wzorców umownych w związku z certyfikacją systemu pomiaru jakości internetu, poniżej wyjaśniam, co następuje.

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 za niezasadne? 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 wyłączą stosowania certyfikowanego mechanizmu PRO Speed Test?

W dniu 29 listopada 2018 r. Prezes UKE certyfikował aplikację stacjonarną na komputery z systemem Windows pod nazwą PRO Speed Test. Certyfikacja oznacza, że PRO Speed Test w przez okres 24 miesięcy począwszy od 1 grudnia 2018 r. jest certyfikowanym mechanizmem monitorowania, o którym mowa w art. 4 ust. 4 Rozporządzenia nr 2015/2120¹.

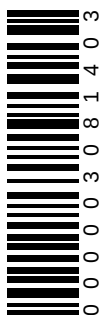
Norma wynikająca z art. 4 ust. 4 Rozporządzenia nr 2015/2120 stanowi wzmocnienie ochrony praw abonentów i uzupełnia ogólne zasady odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy², tworząc domniemanie prawne nienależytego wykonania umowy w sytuacji gdy konsument na podstawie wyników uzyskanych z certyfikowanego mechanizmu ustali stałe i regularnie powtarzające się oraz istotne rozbieżności dot. prędkości transmisji danych pomiędzy stanem faktycznym a stanem określonym w umowie.

Przepisy Rozporządzenia nr 2015/2120 ani sam charakter certyfikacji nie ograniczają uprawnień abonentów wynikających z zasad ogólnych odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy, ani też nie modyfikują przesłanek dopuszczalności reklamacji określonych w przepisach wykonawczych dot. reklamacji usługi telekomunikacyjnej³. Tym samym udostępnienie certyfikowanego mechanizmu nie uniemożliwia konsumentom korzystania z innych ogólnie dostępnych lub udostępnionych

¹ Rozporządzenie 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 nr 2015/2120)

² Zgodnie z art. 104 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego Do odpowiedzialności przedsiębiorców telekomunikacyjnych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi telekomunikacyjnej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem ust. 2 oraz art. 107 ust. 1.

³ Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej (Dz.U. z 2014 r. poz. 284)



konsumentom przez dostawcę usług narzędzi w celu weryfikacji jakości świadczonych usług dostępu do internetu, jak również wykorzystania ich wyników na potrzeby uruchomienia środków ochrony prawnej.

Tym samym w ocenie Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie jest sprzeczna z przepisami prawa praktyka, w której dostawcy wskazują swoim abonentom na możliwość skorzystania również z innych narzędzi do weryfikacji jakości usługi, nie wykluczając możliwości korzystania z certyfikowanego mechanizmu.

Należy przy tym pamiętać, iż postanowienia wzorców umownych stosowanych w relacji z konsumentami nie mogą być sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa ani też nie mogą kształtować praw i obowiązków konsumenta w sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.⁴ Treść tych postanowień nie może wyłączać lub istotnie ograniczać odpowiedzialności względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ani też ograniczać możliwości dochodzenia roszczeń poprzez tworzenie enumeratywnych wyliczeń możliwych do wykorzystania środków dowodowych.

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?

Certyfikacja mechanizmu PRO Speed Test nie została dokonana w postaci decyzji administracyjnej, ponieważ przepisy prawa materialnego nie przewidują takiej formy, a tym samym taka decyzja byłaby decyzją wadliwą (tak też: wyrok NSA z dnia 6 października 1999 r., IV SA 2546/98, oraz z dnia 23 listopada 1993 r., SA/Kr 664/93). Powyższe stanowisko potwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 czerwca 2018 r. o sygn. akt: VI SA/Wa 2654/17, stwierdzając, że art. 4 ust. 4 Rozporządzenia nr 2015/2120 nie może być podstawą do wydania decyzji gdyż ww. przepis nie zawiera normy kompetencyjnej do ustalenia faktu/sytuacji w drodze decyzji administracyjnej.

Zarówno Rozporządzenie, jak i wydane na jego podstawie Wytyczne BEREC⁵, pozostawiają krajowym organom regulacyjnym (NRA) możliwość wyboru sposobu zapewnienia mechanizmu oraz jego certyfikacji. NRA może sam wykonać stosowne narzędzie (w liczbie jednego lub kilku) albo zlecić jego wykonanie podmiotowi trzeciemu, względnie wykorzystać rozwiązanie już istniejące. Certyfikacja może odbyć się w dowolnie określonej przez NRA formie.

Działając w ramach przyznanego mu uznania, Prezes UKE zdecydował się na wyłonienie wykonawcy narzędzia pomiarowego w formie konkursu, jako procedury transparentnej, otwartej, niedyskryminującej i wiarygodnej, zaś co więcej, warunki konkursu zostały poddane konsultacjom społecznym.

3. 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 nr 2015/2120, a tym samym spowodowaną tym wdrożeniem konieczność modyfikacji regulaminów

⁴ Art. 385[1] Kodeksu cywilnego

⁵ Wytyczne BEREC (Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej) wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 5 ust. 3 Rozporządzenia dnia 30 sierpnia 2016 r., BoR (16) 127

świadczenia usług telekomunikacyjnych należy traktować jako zmianę wynikającą ze zmian przepisów prawa?

W ocenie UKE wprowadzenie certyfikowanego systemu pomiarowego PRO Speed Test nie powoduje konieczności zmiany postanowień umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych a tym samym zmiana warunków umowy dokonana, wyłącznie w następstwie certyfikacji mechanizmu z dnia 29 listopada 2018 r.:

- a) nie jest zmianą, która wynika z decyzji Prezesa UKE, o której mowa w art. 63 ust. 2a Pt;
- b) nie jest zmianą, która wynika bezpośrednio ze zmiany przepisów prawa w rozumieniu art. 60a ust. 3a Pt;
- c) nie jest zmianą, która wynika z decyzji Prezesa UKE zgodnie z art. 60a ust. 3a Pt.

Jak zostało wskazane powyżej certyfikacja nie nastąpiła w formie decyzji administracyjnej, natomiast Prezes UKE działał w ramach przepisów prawa, które nie uległy zmianie wraz z dniem certyfikacji.

Niezależnie od powyższych uwag należy podkreślić, iż certyfikacja narzędzia nie modyfikuje przesłanek odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy, a także nie kreuje nowych środków ochrony prawnej. Narzędzie pomiarowe umożliwi abonentom jedynie nieodpłatną, obiektywną weryfikację rzeczywistych parametrów transmisji danych w stosunku do zadeklarowanych w umowie z dostawcą usługi, zaś w razie trwałych lub powtarzających się istotnych rozbieżności - dostarczy podstaw do dochodzenia roszczeń.

Obowiązki dot. przejrzystości umów w szczególności w zakresie określenia w nich jasnego i zrozumiałego wyjaśnienia dotyczącego:

- 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;
- 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 umowy.

nałożone na dostawców na mocy art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 2015/2120 obowiązują od dnia wejścia w życie ww. rozporządzenia i nie uległy zmianie z dniem 1 grudnia 2018 r.

Z poważaniem
Dyrektor Departamentu
Polityki Konsumenckiej

Dorota Grudzień-Barbachowska