

**A. Komentarz do rozporządzenia UE
Nr 2015/2120 w zakresie dostępu do
otwartego internetu**

**Rozporządzenie Parlamentu
Europejskiego i Rady (UE)
nr 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**

z dnia 25 listopada 2015 r. (Dz.Urz.Ue.L 2015 Nr 310, s. 1)

(zm.: Dz.Urz.Ue.L 2016 Nr 27, s. 14)

Prawo dostępu do otwartego internetu

Spis treści

| | Nb |
|------------------------------------|-----|
| I. Wprowadzenie | 1–3 |
| 1. Stosowanie rozporządzenia | 1 |

| | |
|---|--------------|
| 2. Prace nad rozporządzeniem | 2 |
| 3. Wdrażanie rozporządzenia | 3 |
| II. Rozporządzenie UE jako źródło prawa | 4–9 |
| 1. Rozporządzenia w sprawach łączności elektronicznej | 4 |
| 2. Podstawa prawna rozporządzenia | 5 |
| 3. Rozporządzenie a prawo krajowe | 6 |
| 4. Sankcje | 7 |
| 5. Wytyczne BEREC | 8 |
| 6. Charakter prawny wytycznych BEREC | 9 |
| III. Usługa dostępu do internetu jako usługa telekomunikacyjna | 10–15 |
| 1. Regulacja internetu | 10 |
| 2. Przedmiot usługi | 11 |
| 3. Dostawcy usługi | 12 |
| 4. Cechy usługi | 13 |
| 5. Treść przekazu | 14 |
| 6. Usługa jako działalność gospodarcza | 15 |
| IV. Neutralność sieci jako podstawa otwartego internetu 16–35 | |
| A. Pojęcie neutralności sieci | 16–17 |
| 1. Neutralność sieci w teorii i praktyce | 16 |
| 2. Transmisja najlepszym staraniem | 17 |
| B. Promowanie neutralności sieci w Unii Europejskiej | 18–23 |
| 1. Początki koncepcji | 18 |
| 2. Przejrzystość warunków usługi | 19 |
| 3. Jakość usługi | 20 |
| 4. Zarządzanie ruchem | 21 |
| 5. Połączenia sieci a neutralność | 22 |
| 6. Neutralność sieci a rozporządzenie | 23 |
| C. Neutralność sieci w praktyce Stanów Zjednoczonych AP | 24–31 |
| 1. Kwalifikacja usług internetowych | 24 |
| 2. Dostęp do internetu jako usługa telekomunikacyjna | 25 |
| 3. Zasady komunikacji szerokopasmowej | 26 |
| 4. Open internet Order 2010 | 27 |
| 5. Rozstrzygnięcie FCC z 2015 r. | 28 |
| 6. Zakazane praktyki | 29 |
| 7. Dostęp do internetu w sieciach ruchomych | 30 |
| 8. Spowalnianie ruchu | 31 |
| D. Neutralność sieci w praktyce innych państw | 32–35 |
| 1. Holandia | 32 |
| 2. Słowenia | 33 |
| 3. Inne państwa UE | 34 |
| 4. Neutralność sieci w Polsce | 35 |

| | |
|--|-------|
| V. Ekonomiczne i rynkowe uwarunkowania neutralności sieci | 36–40 |
| 1. Neutralność sieci a innowacyjność | 36 |
| 2. Finansowanie wzrostu potencjału transmisyjnego | 37 |
| 3. Różnicowanie warunków dostępu | 38 |
| 4. Pozycja negocjacyjna dostawców dostępu | 39 |
| 5. Koncepcja strażnika dostępu | 40 |
| VI. Uczestnicy ekosystemu internetowego | 41–54 |
| 1. Łańcuch wartości w internecie | 41 |
| 2. Uczestnicy środowiska internetowego | 42 |
| 3. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni | 43 |
| 4. Poziomy sieci | 44 |
| 5. <i>Peering</i> i tranzyt | 45 |
| 6. Połączenia sieci | 46 |
| 7. Sieci CDN | 47 |
| 8. Operatorzy obiektowi | 48 |
| 9. Dostawcy zawartości | 49 |
| 10. Specyfika usług dla dostawców zawartości | 50 |
| 11. Usługi międzysieciowe | 51 |
| 12. Dostawcy urządzeń końcowych | 52 |
| 13. Użytkownicy końcowi | 53 |
| 14. Integracja różnych ogniw łańcucha wartości | 54 |
| VII. Środki zarządzania ruchem | 55–66 |
| 1. Cele zarządzania ruchem | 55 |
| 2. Praktyki zarządzania ruchem | 56 |
| 3. Środki zarządzania ruchem | 57 |
| 4. Środki zarządzania jako wyjątek od zasady neutralności | 58 |
| 5. Środki zarządzania ruchem a prawa użytkowników | 59 |
| 6. Rodzaje środków zarządzania ruchem | 60 |
| 7. Odpowiednie środki zarządzania ruchem | 61 |
| 8. Przesłanki zarządzania ruchem | 62 |
| 9. Specyfika sieci ruchomych | 63 |
| 10. Ogólne warunki zarządzania ruchem | 64 |
| 11. Wyjątkowe środki zarządzania ruchem | 65 |
| 12. Przykłady naruszeń neutralności sieci | 66 |
| VIII. Przejrzystość warunków korzystania z usług | 67–78 |
| 1. Polityka przejrzystości | 67 |
| 2. Terminologia dotycząca przejrzystości | 68 |
| 3. Prędkość transmisji | 69 |
| 4. Cena usługi | 70 |
| 5. Limity danych | 71 |
| 6. Polityka uczciwego korzystania | 72 |
| 7. Inne ograniczenia | 73 |
| 8. Pomiary jakości usług | 74 |
| 9. Sposoby informowania | 75 |

| | |
|---|--------------|
| 10. Podmioty informujące | 76 |
| 11. Struktura informacji | 77 |
| 12. Warstwy informacji | 78 |
| IX. Terminologia rozporządzenia i wytycznych BEREC | 79–86 |
| 1. Terminologia rozporządzenia | 79 |
| 2. Pojęcie neutralności sieci | 80 |
| 3. Usługa dostępu do internetu | 81 |
| 4. Dostawca usługi | 82 |
| 5. Usługi specjalistyczne | 83 |
| 6. Zawartość sieci | 84 |
| 7. Dostawcy zawartości | 85 |
| 8. Rozporządzenie TSM | 86 |

I. Wprowadzenie

1 1. Stosowanie rozporządzenia. W dniu 1.1.2017 r. rozpoczyna się okres stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z 25.11.2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenia (UE) Nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.Urz. UE L z 2015 r. Nr 310, s. 1 ze zm.). Rozporządzenie weszło w życie 29.11.2015 r. i stosuje się w państwach członkowskich Unii Europejskiej od 30.4.2016 r. Na podstawie art. 10 ust. 3 rozporządzenia, Polska powiadomiła Komisję Europejską o utrzymaniu do końca 2016 r. wcześniejszych środków regulacyjnych, w tym systemów samoregulacyjnych, co umożliwi przystąpienie do realizacji zadań i obowiązków wynikających z rozporządzenia na terenie Polski dopiero **od początku 2017 r.** Rozporządzenie dotyczy dwóch rodzajów usług łączności elektronicznej, czyli w terminologii polskiego prawa telekomunikacyjnego, dwóch usług telekomunikacyjnych: usługi dostępu do internetu oraz usługi roamingu ogólnounijnego. Komentarz poświęcony jest przepisom dotyczącym usługi dostępu do internetu, które są nowym elementem w unijnym porządku prawnym. Przepisy rozporządzenia dotyczące roamingu ogólnounijnego modyfikują wcześniejsze akty prawne UE w tej sprawie i poświęcono im już w polskiej literaturze prawniczej wiele uwagi (m.in.: *M. Wach*, *Regulacyjne i cywilnoprawne aspekty roamingu międzynarodowego*,

Warszawa, 2013; *I. Kawka*, Roaming międzynarodowy we wspólnotowym prawie łączności elektronicznej, w: *S. Biernat, S. Dudzik* (red.), *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Kraków 2009, s. 371 i n.).

2. Prace nad rozporządzeniem. Prace nad rozporządzeniem Nr 2015/2120 zostały zainicjowane publikacją w dniu 11.9.2013 r. wniosku Komisji Europejskiej zawierającej projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mające na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniające dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia Nr 1211/2009 i Nr 531/2012 (Bruksela, 11.9.2013 [COM (2013) 627 final]. Projekt przewidywał bardzo daleko idące rozwiązania. Przepisy dotyczące usługi dostępu do internetu były tylko jednym z elementów projektu. Przewidywano jednolite zezwolenie unijne, które miało zastąpić konieczność uzyskiwania wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Koordynacja gospodarowania częstotliwościami miała być prowadzona pod kontrolą Komisji Europejskiej, która byłaby uprawniona do określania harmonogramów rozdziału widma, ustalania minimalnych okresów rezerwacji i harmonizowania okresów przyznawanych uprawnień. Przewidywano nałożenie na krajowych regulatorów obowiązku zapewnienia dostępności „wirtualnych produktów dostępu szerokopasmowego” – odpowiednika fizycznie uwolnionej pętli, usługi strumienia bitów i zakończeń łączy dzierżawionych. Zakładano ujednoczenie praw użytkowników końcowych, w szczególności uprawnień do otrzymywania odpowiedniej informacji o usługach. Planowano pogłębienie regulacji dotyczącej roamingu regulowanego, z perspektywą osiągnięcia stanu, w którym ceny usług w roamingu oraz taryfy krajowe są na tym samym poziomie. W trakcie prac stopniowo rezygnowano z bardziej kontrowersyjnych zmian, szczególnie tych, które powodowały ograniczenie zakresu kompetencji krajowych organów regulacyjnych i umożliwiały ekspansję największych operatorów europejskich na telekomunikacyjne rynki krajowe. Projekt został ograniczony do spraw dotyczących usługi dostępu do internetu rozpatrywanych w związku z neutralnością sieci oraz spraw roamingu ogólnounijnego.

Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w dniu 21.1.2014 r., a Komitet Regionów w dniach 30–31.1.2014 r. przyjęły opinie w sprawie projektu. Parlament Europejski w pierwszym czyta-

niu w dniu 3.4.2014 r. przyjął 233 poprawki do projektu, które jednak nie zmieniały większości zasadniczych rozwiązań projektu. Negocjacje pomiędzy Parlamentem Europejskim a Radą w sprawie tekstu kompromisowego zakończono w dniu 30.6.2015 r. W dniu 8.7.2015 r. Komitet Stałych Przedstawicieli (COREPER) zatwierdził kompromisowy tekst projektu, uzgodniony przez obie instytucje. Po przekazaniu uzgodnionego stanowiska Rady z 1.10.2015 r., Parlament Europejski przyjął je bez poprawek. Rozporządzenie Nr 2015/2120 zostało **opublikowane** w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej L Nr 310, s. 1 z 26.11.2015 r.

- 3 3. Wdrażanie rozporządzenia.** Proces wdrażania rozporządzenia w państwach członkowskich UE jest rozciągnięty w czasie z kilku powodów. Rozporządzenie weszło w życie 29.11.2015 r., ale początek okresu obowiązywania rozporządzenia wyznaczony został na 30.4.2016 r. Dopiero w końcu sierpnia 2016 r. opublikowano wytyczne Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej – BEREC w sprawie spójnego stosowania rozporządzenia przez organy regulacyjne państw członkowskich. Publikacja wytycznych została poprzedzona publiczną konsultacją projektu tego dokumentu, w dniach 6.7.–18.8.2016 r. W konsultacji wzięło udział około pół miliona różnych podmiotów, co wskazuje na ogromne zainteresowanie i oczekiwania związane ze stosowaniem nowych zasad dotyczących dostępu do internetu. Podejmowanie kroków wdrożeniowych przed publikacją wytycznych BEREC było obciążone znacznym ryzykiem zarówno dla regulatora, jak i w szczególności dla dostawców usługi dostępu do internetu. Co więcej, rozporządzenie przewiduje możliwość odroczenia stosowania jego kluczowych przepisów do końca 2016 r., z czego skorzystała Polska.

Wdrożenie przewidzianych rozporządzeniem Nr 2015/2120 rozwiązań dotyczących usług dostępu do internetu nie będzie zadaniem łatwym, ani dla regulatora, ani dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Rozporządzenie, będące efektem kompromisu między instytucjami UE i rządami państw członkowskich oraz wynikiem dyskusji z organizacjami reprezentującymi użytkowników internetu, dostawców treści, usług i aplikacji oraz z przedstawicielami przedsiębiorców telekomunikacyjnych, jest sformułowane z wykorzystaniem wielu ogólnych klauzul i pojęć niedookreślonych, przesuwających ciężar podejmowania decyzji na fazę stosowania i egzekwowania przepisów rozporządzenia. Nadzwyczaj istotną rolę będą w tym pro-

cesie odgrywać akty niewiążące, w szczególności wytyczne BEREC. Mimo dużego wysiłku włożonego przez BEREC w wyjaśnienie poszczególnych przepisów, pole dla interpretacji dokonywanych przez organy regulacyjne i sądy państw członkowskich UE jest nadal bardzo szerokie.

II. Rozporządzenie UE jako źródło prawa

1. **Rozporządzenia w sprawach łączności elektronicznej.** Rozporządzenie Nr 2015/2120 w istotny sposób rozszerza prawną regulację świadczenia usługi dostępu do internetu. Jest przejawem narastającej tendencji do regulowania w sektorze telekomunikacyjnym niektórych usług w sposób bezpośredni ze szczebla unijnego. Pierwszym aktem tego rodzaju było rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z 18.12.2000 r. w sprawie rozdzielonego dostępu do pętli lokalnej (Dz.Urz. UE L Nr 336, s. 4). Nie odegrało ono jednak większej roli i szybko zostało zastąpione odpowiednimi postanowieniami dyrektyw o łączności elektronicznej. Największe znaczenie w sektorze telekomunikacyjnym mają rozporządzenia unijne dotyczące roamingu ogólnounijnego. Rozporządzenie Nr 2015/2120 rozszerza to podejście na usługę dostępu do internetu, której znaczenie pod każdym względem nieustannie wzrasta. O ile w przypadku roamingu ogólnounijnego krąg przedsiębiorców realizujących przepisy unijne jest stosunkowo wąski, to w przypadku usługi dostępu do internetu są to w Polsce setki przedsiębiorców o bardzo zróżnicowanym zakresie działania. Znacznie bardziej zróżnicowana jest także zbiorowość użytkowników usługi. Obok indywidualnych użytkowników końcowych, występuje bardzo zróżnicowana kategoria dostawców treści, aplikacji i usług dostępnych w sieci, które są oferowane użytkownikom z wykorzystaniem dostępu do internetu.

2. **Podstawa prawna rozporządzenia.** Podstawę prawną rozporządzenia Nr 2015/2120 zapewnia art. 114 TFUE, który dotyczy stanowienia przez Parlament Europejski i Radę środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Rozporządzenie w motywie 3 wskazuje na potrzebę działania na poziomie Unii, w celu ustanowienia wspólnych zasad dotyczących otwartego charakteru internetu oraz zapobieżenia rozdrobnieniu rynku wewnętrznego. Historia przedsięwzięć po-

dejmowanych przez poszczególne państwa członkowskie potwierdza ryzyko wystąpienia takiego rozdrobnienia, natomiast globalny zasięg internetu uzasadnia podejmowanie działań na możliwie najwyższym poziomie. Zasady subsydiarności i proporcjonalności nie zostały naruszone w tym przypadku. Uzasadnienie do zastosowania środka prawnego na poziomie UE jest w tej sytuacji znacznie większe niż w przypadku innych aktów unijnych dotyczących internetu (zob. A. Saviin, *EU internet Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2013, s. 18 i n.).

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

7 4. Sankcje. Rozporządzenie Nr 2015/2120 zostało już w krajowym porządku prawnym opatrzone **sankcjami**, zgodnie z art. 6 tego aktu, który wymaga ustanowienia przez państwa członkowskie sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstrasających. Sankcje te polegają na dodaniu pkt 29a w art. 209 ust. 1 ustawy z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1489 ze zm.), który przewiduje nałożenie kary pieniężnej do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym, jeżeli podmiot ten nie wypełnia obowiązków określonych w art. 3, 4 i 5 ust. 2 rozporządzenia Nr 2015/2120. Jednocześnie w art. 192 ust. 1

PrTelekom dodano pkt 5aa zaliczający do zakresu działania Prezesa UKE realizację obowiązków nałożonych na krajowy organ regulacyjny i kontrolowanie realizacji pozostałych obowiązków, wynikających z przepisów rozporządzenia Nr 2015/2120. Obowiązki pozostałe to właśnie obowiązki związane z dostępem do otwartego internetu, gdyż sprawy egzekwowania obowiązków dotyczących roamingu ogólnounijnego już znacznie wcześniej zostały zaliczone do zakresu działania Prezesa UKE.

5. **Wytyczne BEREC.** Spójnemu stosowaniu rozporządzenia mają służyć wytyczne wydane przez Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej – BEREC. Wydanie **wytycznych BEREC** przewiduje art. 5 ust. 3 rozporządzenia Nr 2015/2120. Zostały one opublikowane 30.8.2016 r. Oficjalny charakter ma jedynie wersja opublikowana w języku angielskim. Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) przygotował również tłumaczenie wytycznych na język polski, które jednak ma charakter nieoficjalny. Wytyczne formalnie dotyczą jedynie realizacji obowiązków krajowych regulatorów w zakresie nadzoru i egzekwowania obowiązków dostawców usługi dostępu do internetu. W praktyce jednak mają one znacznie większe znaczenie przez to, że szczegółowo interpretują przepisy rozporządzenia Nr 2015/2120, wskazują najbardziej efektywne sposoby ich wykonania, a także identyfikują wiele zakazanych praktyk dostawców usług. Wartościowym źródłem dla interpretacji rozporządzenia i wytycznych BEREC jest opublikowany wraz z wytycznymi raport o przebiegu i wynikach konsultacji nad projektem wytycznych [zob. BEREC Report on the outcome of the public consultation on draft BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality rules, BoR (16) 128, sierpień 2016 r.].

6. **Charakter prawny wytycznych BEREC.** Charakter tego aktu określa rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 1211/2009 z 25.11.2009 r. ustanawiające Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej BEREC oraz Urząd (Dz.Urz. UE L Nr 337, s. 1). Zgodnie z art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia, krajowe organy regulacyjne i Komisja w najwyższym stopniu uwzględniają wszelkie opinie, zalecenia, wytyczne, rady lub najlepsze praktyki regulacyjne przyjęte przez BEREC. Z kolei motyw 19 rozporządzenia Nr 2015/2120 wskazuje, że prowadząc działania na podstawie rozporządzenia, „krajowe organy regulacyjne powinny w jak największym zakresie uwzględniać stosowne wytyczne opracowane przez BEREC”.

Wytyczne mają charakter niewiążący i należą do kategorii tzw. *soft law*. Mimo ich niewiążącego charakteru zmierzają one do wywołania skutków prawnych polegających na ukierunkowaniu interpretacji lub sposobu stosowania aktów prawnych wiążących. Ponieważ wytyczne są kierowane do organów regulacyjnych, to przedsiębiorcy mogą w przypadku sporów powoływać się na uzasadnione oczekiwanie, iż regulator rozstrzygnie zgodnie z wytycznymi BEREC. Nie wyklucza to odstąpienia od wytycznych, ale każdorazowo takie odstąpienie wymaga bardzo gruntownego uzasadnienia przez organ regulacyjny. Wytyczne nie wiążą sądów rozstrzygających kwestie sporne, ale siła autorytetu BEREC ma istotne znaczenie również dla organów sądowych. Złożoność charakteru prawnego wytycznych zwiększają zawarte w nich odesłania do innych dokumentów BEREC opublikowanych w latach 2011–2014, które zawierają praktyczne analizy i wskazówki dotyczące realizacji zasady neutralności sieci. Całość prac BEREC w tym okresie prowadzona była pod hasłem zapewnienia neutralności sieci przy świadczeniu usługi dostępu do internetu.

III. Usługa dostępu do internetu jako usługa telekomunikacyjna

- 10 1. **Regulacja internetu.** Internet jest złożonym zjawiskiem. Łączy w sobie dwa komponenty, transmisyjny i zawartościowy. Element transmisyjny jest związany z infrastrukturą telekomunikacyjną niezbędną do przesyłania danych oraz usługami transmisyjnymi realizowanymi w sieciach telekomunikacyjnych. Element zawartościowy to informacje, ruchome obrazy, usługi, aplikacje, transakcje i wiele innych dóbr niematerialnych dostępnych w sieci internetowej. Rozporządzenie Nr 2015/2120 dotyczy elementu transmisyjnego sieci internet oraz usług transmisyjnych zapewniających dostęp do tej sieci, ale głównie w związku z warunkami przesyłania w sieci treści, aplikacji i usług, z których korzystają użytkownicy internetu. Działalność transmisyjna jest regulowana na poziomie Unii Europejskiej aktami o łączności elektronicznej, a na poziomie krajowym przepisami prawa telekomunikacyjnego. Rozporządzenie Nr 2015/2120 to akt prawa UE należący do tego samego obszaru, ale poświęcony tylko dwóm usługom łączności elektronicznej, z których jedna to usługa dostępu do internetu. Usłudze tej po raz pierwszy poświęcono akt prawa unijnego o takiej randze i znaczeniu. Rozporządzenie Nr 2015/2120

reguluje usługę dostępu do internetu ze względu na konieczność ułożenia praw i obowiązków trzech kategorii podmiotów działających w ekosystemie internetowym: dostawców usług dostępu do internetu, dostawców treści, aplikacji i usług oraz użytkowników usługi dostępnej oraz tej zawartości, jaka jest dostępna w sieci. Rozporządzenie Nr 2015/2120 jest ograniczone do kwestii związanych z otwartością internetu. Stanowi fragment polityk unijnych dotyczących internetu. Jak trafnie zauważa A. Savin, unijne działania w zakresie regulacji internetu tworzą zagmatwany obraz, w którym „[i]nstrumenty są liczne, polityki trudne do odróżnienia, decyzje sądowe sprzeczne, oficjalne komunikaty przeczą sobie nawzajem, a propozycje niespójne”. Od tych słabości unijnej polityki w sprawach internetu nie jest wolne także rozporządzenie Nr 2015/2120.

2. Przedmiot usługi. Usługa dostępu do internetu (dalej: UDI) 11 jest jedną z usług łączności elektronicznej. Przedmiot tej usługi zmieniał się w czasie, gdyż zmieniała się funkcjonalność usługi oferowanej przez dostawców. Zawsze w skład usługi dostępnej wchodziła transmisja sygnałów w zmieniających się technologiach, począwszy od technologii wąskopasmowych (dostęp wdzwaniany, poprzez linię telefoniczną, tzw. *dial-up*), przez kolejne wersje technologii szerokopasmowych. Dostęp do internetu obejmuje ustanowienie fizycznego (radiowego) łącza do sieci, konwersję protokołów, przydział adresu elektronicznego IP, funkcję wyświetlania adresów domenowych DNS, zapewnienie bezpieczeństwa sieci, nadzór nad siecią, zarządzanie pojemnością sieci, usuwanie awarii i rozwiązywanie problemów. Dostawca zobowiązuje się do przekazywania komunikatów użytkownika do innych sieci, zgodnie z wyborem użytkownika, który wskazuje adres sieciowy odbiorcy informacji. Dostawca jednocześnie zobowiązuje się dostarczyć użytkownikowi ruch przekazywany z innych sieci na jego adres. Zobowiązanie to dotyczy wszelkiego ruchu, niezależnie od tego, czy inicjator tego ruchu ma odpowiednią umowę z dostawcą UDI obsługującego odbiorcę przekazów. W praktyce oznacza to zobowiązanie do odpowiedniego połączenia sieci dostawcy UDI z sieciami innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, tak aby transmisja z praktycznie wszystkich zakończeń sieci internet była możliwa. Usługa dostępu do internetu obejmuje również z reguły świadczenia dodatkowe. Usługa często obejmuje udostępnianie adresu e-mail i pojemności skrzynki poczty elektronicznej, możliwość prowadzenia własnej strony w sieci, niekiedy również wyszukiwarki

treści w sieci internet, ochronę przed niezamówioną korespondencją (spamem), wirusami i innymi niebezpiecznymi przekazami. Wszystko to tworzy funkcjonalnie zintegrowaną usługę dostosowaną do potrzeb użytkownika internetu.

12 3. Dostawcy usługi. Korzystaniu z dostępu coraz szerzej towarzyszy sięganie do usług stron trzecich, które zastępują dostawcę internetu w zakresie poczty elektronicznej, zapewnianiu adresu elektronicznego, możliwości przechowywania danych, hostingu blogów, spersonalizowanych stron prywatnych, ochrony antywirusowej i antyspamowej. Generalnie, dostęp do internetu coraz szerzej jest wykorzystywany do korzystania z treści, usług, aplikacji oferowanych przez podmioty inne niż dostawca usługi dostępowej. Rola dostawcy UDI sprowadza się coraz częściej jedynie do zapewniania dostępu do sieci oraz transmisji danych.

13 4. Cechy usługi. Charakterystyka UDI i ewolucja roli dostawców tej usługi przekłada się na sposób oferowania i sprzedaży usługi dostępowej. Główną cechą usługi eksponowaną w ofercie jest jej przepływność w dół sieci, czyli do użytkownika. Ta cecha jest w rozporządzeniu Nr 2015/2120 określana jako „prędkość” usługi. Poziomy cenowe są ustalane w zależności od przepływności, a w przypadku dostępu ruchomego, dodatkowo w zależności od wolumenu danych wysłanych i odebranych w okresie rozliczeniowym. Istotnym czynnikiem w przypadku sieci ruchomych jest również zasięg sieci (pokrycie), a coraz częściej także niezawodność transmisji. Usługa dostępu do internetu jest w obecnych warunkach oferowana i sprzedawana jako zdolność transmisyjna w sieci internet. Świadczenia dodatkowe mają coraz mniejsze znaczenie, ze względu na wykorzystywanie usług innych dostawców.

W kategoriach prawnych usługę dostępu do internetu charakteryzują następujące cechy. Jest to usługa łączności elektronicznej w terminologii unijnej, usługa telekomunikacyjna zaś w myśl prawa krajowego. Dyrektywy UE o łączności elektronicznej nie definiują łączności elektronicznej, natomiast definicję telekomunikacji znajdujemy w prawie krajowym. Podstawową cechą telekomunikacji jest przesyłanie na odległość informacji za pomocą przewodów, fal radiowych bądź optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną. Informacja ta jest nadawana, odbierana, a przede wszystkim transmitowana (art. 2 pkt 42 PrTelekom). Prawo reguluje telekomunikację realizowaną jako usługę, której charakte-

rystykę zawierają definicje usługi łączności elektronicznej (usługi telekomunikacyjnej). Zarówno w prawie UE (art. 2 lit. c dyrektywy 2002/21/WE), jak i w prawie krajowym (art. 2 pkt 48 PrTelekom) definicje te wskazują, iż polega ona na przekazywaniu sygnałów w sieci łączności elektronicznej (telekomunikacyjnej).

5. **Treść przekazu.** Przekazywane są sygnały zawierające informację. Usługa telekomunikacyjna (łączności elektronicznej) nie wpływa na treść tej informacji, gdyż jest ona determinowana przez użytkowników usługi. W ramach świadczenia usługi informacja jest jedynie przesyłana pomiędzy nadawcą i odbiorcą. Sieć internet stosuje przesyłanie pakietowe, polegające na podziale informacji na niewielkie porcje danych przesyłane z odpowiednią informacją adresową. Niezależnie od różnych zmian, jakim poddawane są pakiety w trakcie przesyłania ich od nadawcy do odbiorcy, treść i forma przesyłanej informacji powinna pozostać niezmienna. **14**

6. **Usługa jako działalność gospodarcza.** Ponieważ przedmiotem regulacji dotyczącej usługi dostępu do internetu jest działalność o charakterze usługowym, to powinna ona posiadać cechy przypisywane działalności gospodarczej, a zatem działanie dla zaspokojenia cudzych potrzeb z celem zarobkowym. Zakresem regulacji objęte są jedynie usługi świadczone publicznie, a zatem dla potencjalnie nieograniczonego kręgu użytkowników. **15**

IV. Neutralność sieci jako podstawa otwartego internetu

A. Pojęcie neutralności sieci

1. **Neutralność sieci w teorii i praktyce.** Rozporządzenie Nr 2015/2120 w sprawie dostępu do otwartego internetu jest finałem prac Komisji Europejskiej oraz BEREC dotyczących neutralności internetu. Cała dotychczasowa dyskusja oraz przedsięwzięcia podejmowane na szczeblu europejskim były prowadzone pod hasłem **neutralności sieci** internet, wyeksponowanym po raz pierwszy w deklaracji Komisji Europejskiej w sprawie neutralności sieci z 18.12.2009 r. [Commission declaration on net neutrality (Dz.Urz. UE C z 2009 r. Nr 308, s. 2)]. W literaturze jest wiele określeń neutralności sieci [zob. *T. Wu*, Network Neutrality. Broadband Discrimination. Journal on Telecommunications and High-Tech Law **16**

2003, Nr 2, s. 141 i n.; *J.S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K.R. Carter*, Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU\(2014\)518751_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU(2014)518751_EN.pdf), dostęp: 15.11.2016 r.; *Ch.T. Marsden*, Net Neutrality. Towards a Co-regulatory Solution, Blomsbury Academic 2010, s. 3 i n., <http://klangable.com/uploads/books/NetNeutrality.pdf>, dostęp: 15.11.2016 r.]. Sprawie neutralności sieci poświęcono pierwsze opracowania również w naszej literaturze [*J. Kowalski*, Zasada neutralności sieci a relacje pomiędzy dostawcami kontentu i usług internetowych (ISP), Czas Informacji 2010, Nr 2, s. 10 i n.; *A. Nałęcz*, Neutralność sieciowa, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, Nr 6, vol. 4, s. 26, <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/29/pdf/26.pdf>]. Przy definiowaniu tej zasady szczególnie często przywoływane jest stanowisko BEREC wyrażone w konsultacjach dotyczących otwartego internetu i neutralności sieci zorganizowanych przez Komisję Europejską (*J. Kowalski*, Podsumowanie konsultacji Komisji Europejskiej w sprawie otwartego internetu oraz neutralności sieci, Czas Informacji 2010, Nr 4, s. 7 i n.). Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (BEREC) określił neutralność sieci jako traktowanie całego ruchu przesyłanego w sieci internet w sposób równy. Równe traktowanie oznacza, że ruch jest przesyłany niezależnie od zawartości, rodzaju aplikacji, usługi, wykorzystywanego urządzenia, adresu nadawcy czy odbiorcy, co z kolei oznacza, że ruch jest transmitowany niezależnie od użytkownika i dostawcy treści, aplikacji i usług [zob. BEREC „Response to the European’s Commission consultation on the open internet and net neutrality in Europe”, BoR (10) 42, 30.9.2010 r., s. 2–3]. Zasada neutralności sieci dotyczy zatem relacji pomiędzy działaniami transmisyjnymi w sieci a zawartością (treściami, aplikacjami i usługami) dostępną w tej sieci. Zasada ta wymaga, aby operatorzy sieci nie różnicowali sposobu traktowania poszczególnych rodzajów zawartości dostępnych w sieci, a szczególnie aby nie dyskryminowali ruchu dotyczącego konkretnych treści, aplikacji lub usług przekazywanych w sieci. Przejawem tej neutralności jest stosowanie tych samych środków zarządzania ruchem wpływających na prędkość transmisji i jej niezawodność niezależnie od tego, jaki rodzaj treści, aplikacji lub usług jest przekazywany w sieci. Zasada neutralności ma sprawiać, że o tym, co jest wykorzystywane w sieci internet, decydują dostawcy zawartości i jej użytkownicy, a nie przedsiębiorca zapewniający przesyłanie zawartości w sieci.

2. **Transmisja najlepszym staraniem.** U podstaw neutralności 17 leży taki sposób transmitowania ruchu, który określa się jako **transmisję najlepszym staraniem** (*best-effort delivery*) lub transmisję przy użyciu dostępnych możliwości. Transmisja najlepszym staraniem oznacza wykonanie usługi łączności elektronicznej bez gwarancji dostarczenia danych oraz bez zapewnienia użytkownikowi określonego, gwarantowanego poziomu jakości usługi pomiędzy zakończeniami sieci lub określonego poziomu priorytetu transmisyjnego. W sieci funkcjonującej na zasadzie najlepszego starania każdy użytkownik uzyskuje usługę transmisyjną bez określonej z góry przepływności i czasu dostarczenia danych, które kształtują się w zależności od bieżącego obciążenia sieci. Z założenia, usługa tego rodzaju traktuje każde żądanie transmisyjne użytkownika w sposób równy, niezależnie od charakteru tej transmisji i jej zawartości [BoR (12) 132, s. 13]. Każde odstępstwo od zasady transmisji najlepszym staraniem wymaga analizy z punktu widzenia neutralności sieci, choć oczywiście nie każde odstępstwo oznacza naruszenie tej neutralności.

B. Promowanie neutralności sieci w Unii Europejskiej

1. **Początki koncepcji.** Zmiany dyrektyw o łączności elektronicznej z 2009 r. przyniosły już pewne rozstrzygnięcia dotyczące neutralności sieci, choć samo pojęcie nie pojawiło się jeszcze w tym czasie. Na poziomie celów regulacji wskazano, iż należy wspierać zdolność użytkowników do dostępu do informacji oraz ich rozpowszechniania lub korzystania z dowolnych aplikacji i usług (art. 8 ust. 4 lit. g dyrektywy 2002/21/WE). Postęp w zakresie realizacji zasady neutralności sieci przyniosły zmiany dotyczące przejrzystości umów wynikające z art. 20 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.3.2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 51 ze zm.). Motyw 28 dyrektywy zmieniającej [dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z 25.11.2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) Nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów

prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz.Urz. UE L Nr 337, s. 11 ze zm.)] wskazanej wyżej dyrektywy wymagał, aby to użytkownicy końcowi decydowali, jakie treści chcą przysyłać i otrzymywać oraz z jakich usług, programów, sprzętu i oprogramowania chcą w tym celu korzystać. Dlatego użytkownicy powinni być w każdym przypadku w pełni informowani o wszelkich warunkach ograniczających korzystanie z usług łączności elektronicznej, wprowadzanych przez dostawcę usług lub operatora sieci.

19 2. Przejrzystość warunków usługi. Równolegle prowadzone były przez Komisję Europejską i BEREC prace nad rozpoznaniem głównych problemów związanych z neutralnością sieci i przygotowaniem rozwiązań zapewniających realizację tej zasady. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę na **przejrzystość warunków** dotyczących możliwości korzystania z treści, aplikacji i usług dostępnych w internecie oraz na jakość usługi. W wytycznych w sprawie przejrzystości w zakresie neutralności sieci z 2011 r. [Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches, BoR (11) 67, grudzień 2011 r.] BEREC podjął próbę opracowania trzech zagadnień. Po pierwsze, rodzajów informacji, jakie powinny być przekazane poszczególnym kategoriom użytkowników końcowych – konsumentom, przedsiębiorcom oraz innym użytkownikom instytucjonalnym, a także dostawcom zawartości przesyłanej w sieciach, tak aby podmioty te mogły podejmować decyzję o wyborze usługi na podstawie odpowiednich przesłanek. Po drugie, sposobów przekazywania informacji użytkownikom. Po trzecie, sposobów weryfikacji przez użytkowników jakości wykorzystywanych usług oraz badania przez organy regulacyjne danych przekazywanych przez dostawców usługi. Główne ustalenia zawarte w tym dokumencie zostały wykorzystane przy opracowywaniu wytycznych BEREC z 2016 r. dotyczących wykonywania rozporządzenia Nr 2015/2120.

20 3. Jakość usługi. Druga kwestia w zakresie neutralności sieci podjęta przez BEREC dotyczyła **jakości usługi**. Raport BEREC na temat związków jakości usługi z realizacją zasady neutralności sieci [A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, BoR (11) 53, 8.12.2011 r.] dotyczył głównie sposobu realizacji przepisów art. 22 dyrektywy 2002/22/WE dotyczących wyznaczania i monitorowania jakości usług oraz informowania użytkowników o poziomie tej jakości. Analizowano w nim problem ochrony jakości usługi dostępu do internetu realizowanej na zasadzie *best effort*

w związku z uruchamianiem usług specjalistycznych, które korzystają z gwarancji jakości. Zidentyfikowano główne cechy jakościowe usługi dostępu do internetu i omówiono zasady dotyczące dokonywania pomiarów jakości tej usługi. Skupiono uwagę na trzech etapach interwencji podejmowanych w sprawach jakości usługi dostępowej: na identyfikacji warunków wymagających wyznaczenia minimalnych parametrów jakościowych usługi dostępowej, sposobie wyznaczania tych parametrów i monitorowaniu ich osiągnięcia.

4. **Zarządzanie ruchem.** Trzeci kierunek wspólnych prac Komisji Europejskiej i BEREC, bardziej jednak o charakterze badawczym, dotyczył **metod zarządzania ruchem** w sieci internet. Metody zarządzania ruchem mogą bowiem być źródłem praktyk naruszających neutralność sieci poprzez nierówne i dyskryminujące traktowanie niektórych treści, aplikacji lub usług. Raport BEREC w tej sprawie [A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open internet in Europe. Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation. BoR (12) 30, 29.5.2012 r.] przedstawił stan środków zarządzania ruchem opartych na restrykcjach (blokowaniu lub spowalnianiu) w stosunku do niektórych usług i aplikacji (*peer-to-peer*, VoIP), sposób stosowania limitów danych, środków zapobiegających przeciążeniom sieci oraz sposób traktowania usług specjalistycznych. Raport odzwierciedlał stan praktyki zarządzania ruchem internetowym, gdyż był oparty na informacjach od wielu operatorów europejskich eksploatujących sieci stacjonarne i ruchome. Z kwestią zarządzania ruchem związany jest także raport BEREC poświęcony praktykom dyferencjacji sposobu traktowania różnych rodzajów ruchu internetowego przez dostawców usługi dostępowej i wpływu tych praktyk na konkurencję w ekosystemie internetowym [Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality. Final report. BoR (12) 132, 26.11.2012 r.]. Był on odpowiedzią na coraz częstsze odchodzenie od transmisji na zasadzie *best effort* i oferowanie usług specjalistycznych generujących wyższe przychody dla dostawców usług transmisyjnych, często w związku z pionową integracją dostawców usług dostępowych oraz przedsiębiorców oferujących treści, aplikacje i usługi w sieci. Towarzyszy temu niejednokrotnie oferowanie użytkownikom ograniczonych, dobranych przez dostawcę zasobów internetu (tzw. *walled gardens*), co podważa otwartość systemu i ne-

gatywnie wpływa na innowacyjność przedsiębiorców prowadzących działalność w cyberprzestrzeni.

22 5. **Połączenia sieci a neutralność.** Analityczny charakter ma również raport BEREC w sprawie **połączeń sieci** internetowych (*IP-interconnection*), który choć nie dotyczy bezpośrednio neutralności w relacjach z użytkownikami końcowymi oraz dostawcami treści, aplikacji i usług, to ukazuje wpływ warunków wymiany ruchu na zachowanie neutralności przez operatorów sieci dostępowych [An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality. BEREC Report, 6.12.2012 r., BoR (12) 130]. Omawia on cały układ ekosystemu internetowego, identyfikując jego uczestników oraz główne sposoby przekazywania ruchu internetowego (tranzyt, *peering*), trendy cenowe oraz zmiany technologiczne wpływające na transmisję ruchu. Raport ten pozwala na identyfikację tych aspektów połączeń sieci IP, które choć nie są bezpośrednio przedmiotem regulacji zawartych w rozporządzeniu Nr 2015/2120, to jednak mogą mieć wpływ na realizację praw przyznanych użytkownikom końcowym, co wymaga odpowiedniego nadzoru ze strony regulatora.

23 6. **Neutralność sieci a rozporządzenie.** Mimo że całość wcześniejszych prac była prowadzona pod hasłem neutralności sieci, pojęcie to nie zostało użyte w rozporządzeniu Nr 2015/2120. Motyw 2 rozporządzenia Nr 2015/2120 wskazuje jedynie, że środki przewidziane w rozporządzeniu są zgodne z zasadą neutralności technologicznej, która to zasada stała się podstawą całego pakietu dyrektyw o łączności elektronicznej z 2002 r., w szczególności dyrektywy 2002/21/WE oraz dyrektywy 2002/22/WE (zob. m.in. *D. Kościuk, Zasady ogólne jako elementy wspomagania regulacji rynku telekomunikacyjnego*, Administracja Publiczna, Białystok 2011, Nr 1, s. 169). Rozporządzenie Nr 2015/2120 realizuje **zasadę „dostępu do otwartego internetu”**, choć jej korzenie są niewątpliwie związane z koncepcją neutralności sieci. Wcześniejsze wytyczne i raporty BEREC dotyczące neutralności sieci stanowiły podstawę opracowania wytycznych z 2016 r. i są wielokrotnie przywoływane w tych wytycznych w celu uszczegółowienia lub zilustrowania ustaleń BEREC. Dlatego interpretacja rozporządzenia Nr 2015/2120 i stosowanie wytycznych BEREC z 2016 r. wymaga odwoływania się do tych dokumentów.

C. Neutralność sieci w praktyce Stanów Zjednoczonych AP

24 1. **Kwalifikacja usług internetowych.** Wyjaśnienie rozwiązań zastosowanych w UE w sprawach neutralności sieci nie jest możliwe

bez porównań z rozwojem sytuacji w USA. W USA problemy dotyczące neutralności sieci pojawiły się najwcześniej, a rozwiązania tam zastosowane niewątpliwie wywierały wpływ na projekty przedstawione w UE i w niektórych państwach próbujących wypracować indywidualne rozwiązania problemu neutralności sieci.

Problem prawnej kwalifikacji usług internetowych w USA rozpatrywany był przez Federalną Komisję Łączności (FCC – *Federal Communications Commission*) już w okresie pojawienia się technologii transmisji danych w technologii IP. Podejście do spraw usług internetowych ukształtowała w USA seria decyzji wydanych w latach 1971–1986 w postępowaniach określanych zbiorczo jako Dochodzenia Komputerowe (*Computer Inquires*), w których FCC określiła podstawy prawne rozwoju usług internetowych (zob. P.W. Huber, M.K. Kellogg, J. Thorne, *Federal Telecommunications Law*, Aspen Law & Business, Gaithersburg–New York 1999, s. 430 i n.). Decyzje te prowadziły do prawnego odseparowania usług internetowych, określanych mianem usług informacyjnych (*information services*), od świadczenia usług telekomunikacyjnych (GN Docket No. 14–28, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order, 26.2.2015, pkt 311, dalej: FCC 2015). Kwalifikacje prawne były oparte na wyróżnieniu usług podstawowych (*basic*), którymi były usługi telekomunikacyjne, oraz usług zaawansowanych (*enhanced*), którymi były usługi internetowe. Usługi zaawansowane, traktowane jako usługi przetwarzania informacji, były zwolnione z wymagań ustawodawstwa telekomunikacyjnego dotyczącego regulacji operatorów telekomunikacyjnych, których główne zadanie polegało na transmisji sygnałów. Komisja stosowała wprawdzie regulację do komponentu transmisyjnego usług informacyjnych (np. regulując usługę DSL, usługi modemu kablowego), ale w ograniczonym zakresie.

2. Dostęp do internetu jako usługa telekomunikacyjna. Proces 25 dochodzenia do stanowiska uznającego usługę dostępu do internetu za usługę telekomunikacyjną był długi i wieloetapowy (FCC 2015, pkt 311 i n.). Polegał na dostrzeganiu coraz większego znaczenia komponentów transmisyjnych w usługach dostępu do internetu w porównaniu z komponentami dotyczącymi dostępu do informacji i jej przetwarzania, oraz poszukiwaniu elementu charakteryzującego całość tego świadczenia z perspektywy użytkownika. Federalna Komisja Łączności, podsumowując ewolucję swego stanowiska w 2015 r., wskazała, że kwalifikacja usługi szerokopasmowego dostępu do in-

ternetu uległa zmianie pod wpływem faktów dotyczących obecnego charakteru tej działalności w porównaniu z okresem, w którym prowadzone były Dochodzenia Komputerowe (FCC 2015, pkt 330).

26 3. Zasady komunikacji szerokopasmowej. Napięcia pomiędzy dostawcami usług telekomunikacyjnych a dostawcami treści, w szczególności usług audiowizualnych, korzystających z łączności pojawiały się już na początku ubiegłej dekady. W 2005 r. FCC przyjęła stanowisko w sprawie polityki dotyczącej internetu (*internet Policy Statement*), w którym potwierdzono cztery zasady służące rozwojowi komunikacji szerokopasmowej. Zgodnie z tymi zasadami użytkownicy mieli prawo dostępu do legalnych treści oraz korzystania z nich, wykorzystywania aplikacji, usług i stosowania wybranych urządzeń pod warunkiem, że nie szkodzą one sieci, oraz korzystania z konkurencji między dostawcami sieci, aplikacji, usług i treści (FCC 2015, pkt 64, przyp. 66), operatorom zaś przysługiwało prawo do uzasadnionego zarządzania siecią (*reasonable network management*). W 2009 r. dodano zakaz podejmowania przez operatorów telekomunikacyjnych jakichkolwiek działań dyskryminujących dostawców treści przesyłanych w sieci. Ustalenia te miały charakter kierunkowych deklaracji dotyczących polityki regulacyjnej, które uległy przekształceniu w wiążące rozstrzygnięcia w 2010 r. Stanowisko FCC było podstawą wielu decyzji dotyczących fuzji i przeciwdziałania praktykom antykonkurencyjnym, które wówczas zaczęły się pojawiać w relacjach między operatorami telekomunikacyjnymi a dostawcami zawartości sieci. Już wtedy wystąpiły pierwsze spory dotyczące blokowania ruchu VoIP w sieciach oraz wymiany plików *peer-to-peer*.

27 4. Open internet Order 2010. W 2010 r. FCC rozpoczęła konsultacje w sprawie kwalifikacji usługi szerokopasmowego dostępu do internetu, stwierdzając, iż kwalifikacja tej usługi jako usługi informacyjnej przestała odpowiadać potrzebom rynku. Rozpatrywano utrzymanie wcześniejszej kwalifikacji szerokopasmowej usługi internetowej jako usługi informacyjnej, uznanie jej za usługę telekomunikacyjną lub za szczególnie rodzaj usługi dostępu do internetu (*Internet connectivity service*). W 2010 r. FCC wydała decyzję w sprawie otwartego internetu (*Open Internet Order*, 2010 Open Internet Order, 25 FCC Rec 17905, FCC 2015, pkt 67, dalej: FCC 2010). Decyzja przewidywała dwa rodzaje dostępu do internetu – dostęp w sieciach stacjonarnych oraz dostęp w sieciach ruchomych, przy czym wymogi dotyczące neutralności sieci były znacznie dalej idące w przypadku

sieci stacjonarnych. Decyzja ta ustanawiała trzy reguły obejmujące: zakaz blokowania, zakaz nieuzasadnionej dyskryminacji oraz zasadę przejrzystości. Dwie pierwsze reguły chroniły prawo dostępu użytkowników do legalnych treści, aplikacji i usług, zasada przejrzystości zaś miała im zapewnić warunki do podjęcia trafnych decyzji na podstawie informacji o praktykach zarządzania ruchem, jakości usług i warunkach zawierania umów. Decyzja FCC z 2010 r. była podstawą wielu decyzji, w tym także decyzji dotyczących umów zawieranych pomiędzy operatorami sieci a dostawcami usług zawartościowych w sprawie priorytetyzacji ruchu do użytkowników tych usług. *Open Internet Order* odnosił się w szczególności do odpłatnej priorytetyzacji ruchu, nie wykluczając jednoznacznie tej formy współpracy, ale wskazując, iż jest ona trudna do pogodzenia z otwartością internetu. Wskazywano, że stanowi zagrożenie dla innowacji podejmowanych przez dostawców zawartości, może godzić w interesy niekomercyjnych użytkowników internetu, a w przypadku dostawców usług stacjonarnych może być motywacją do obniżania jakości usługi bez przyznanego priorytetu (FCC 2015, pkt 68). *Open Internet Order*, podobnie jak wcześniejsze dokumenty, legitymizował uzasadnione zarządzanie siecią, w celu uniknięcia przeciążeń sieci i szkodliwych przekazów. W dokumencie uwzględniono różnice dostępu stacjonarnego i ruchomego, zwalniając dostawców usług ruchomych z zakazu dyskryminacji (*anti-discrimination rule*), ale jednocześnie zakazując blokowania dostępu tylko do legalnych treści i aplikacji stanowiących konkurencję dla usług głosowych lub wideo operatora sieci ruchomej. Zakaz blokowania miał zatem węższy zakres w odniesieniu do sieci ruchomych. Dopuszczono jednocześnie świadczenie usług specjalistycznych takich jak VoIP. Nie zdecydowano się jednak na jednoznaczne określenie usługi dostępu do internetu jako usługi telekomunikacyjnej. W wyniku kolejnych zaskarżeń, decyzja FCC z 2010 r. została w 2014 r. częściowo uchylona. Główną przyczyną uchylecia było stosowane w przeszłości rozróżnienie pomiędzy usługami informacyjnymi, za które uznawano usługę dostępu do internetu, a usługą telekomunikacyjną, którą świadczą dostawcy usług transmisyjnych. Uchylono decyzję w tej części, w jakiej FCC uznała dostawców usługi dostępu do internetu za operatorów telekomunikacyjnych (*common carriers*). Wyrokiem z 14.1.2014 r. w sprawie *Verizon* przeciwko *FCC* (740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014)) Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbia uchylił zakazy dotyczące blokowania i nieuzasadnionej dyskryminacji, a podtrzymał

wymagania dotyczące przejrzystości prowadzonej działalności. Nie uznano stanowiska FCC, że reguluje ona dostarczanie usługi internetowej tylko dla użytkowników końcowych, albowiem oczywiste było, że operatorzy telekomunikacyjni obsługiwali również dostawców zawartości. Z wyroku wynikały jednak istotne wskazania potwierdzające możliwość występowania zagrożeń dla otwartości internetu ze strony dostawców dostępu internetowego (FCC 2015, pkt 7).

28 5. **Rozstrzygnięcie FCC z 2015 r.** Już w 2014 r. FCC przedstawiła do publicznej konsultacji propozycję nowego rozstrzygnięcia i po przeprowadzeniu licznych dyskusji oraz analizie 3,7 miliona uwag otrzymanych w ramach publicznej konsultacji, w 2015 r. wydała nowe rozstrzygnięcie. Jego fundamentem było uznanie usługi szerokopasmowego dostępu do internetu za usługę telekomunikacyjną. Zostało to umotywowane trzema okolicznościami. Przede wszystkim tym, że dominującego znaczenia nabierają usługi zawartościowe świadczone przez podmioty trzecie, a nie przez dostawców usługi transmisyjnej, choć nie rezygnują oni całkowicie z różnych dodatków do świadczenia transmisyjnego. Faktem, że dostawcy tej usługi charakteryzują ją głównie za pomocą cech powiązanych z transmisją, czyli przepływnością (prędkością) oraz niezawodnością przekazu. Wreszcie, obiektywną techniczną charakterystyką tej usługi, która ma wiele cech wspólnych z usługą telekomunikacyjną (FCC 2015, pkt 330).

29 6. **Zakazane praktyki.** Decyzja FCC 2015 ustanawia trzy zasadnicze zakazy odnoszące się zarówno do sieci stacjonarnych, jak i ruchomych. Zakaz **blokowania** oznacza, że użytkownicy muszą mieć zapewniony dostęp do wszystkich legalnych treści, aplikacji i usług lub bezpiecznych urządzeń, z zastrzeżeniem możliwości uzasadnionego zarządzania siecią internet. Zakaz **spowalniania**, dławienia (*throttling*) jest skierowany przeciwko celowej degradacji konkretnych sposobów wykorzystania dostępu przez użytkownika. Oznacza zakaz degradowania ruchu internetowego dotyczącego określonych rodzajów i konkretnych treści, aplikacji lub usług, a także wykorzystania bezpiecznych (*non-harmful*) urządzeń, również z zastrzeżeniem uzasadnionego zarządzania siecią. Trzeci zakaz dotyczy **płatnej priorytetyzacji** ruchu, czyli przyjmowania wynagrodzenia (pieniężnego lub innego) za takie zarządzanie siecią, które pośrednio lub bezpośrednio preferuje określone treści, aplikacje lub usługi, tworząc tzw. szybkie ścieżki. Może to wynikać z rezerwacji zasobów lub innego preferencyjnego zarządzania ruchem. Zakazane korzyści polegają nie tylko na pobie-

ranu specjalnego wynagrodzenia przez dostawcę usługi, ale także na odnoszeniu innych korzyści przez jednostkę powiązaną z dostawcą usługi.

7. Dostęp do internetu w sieciach ruchomych. W decyzji FCC 30 2015 charakterystyczne jest znaczne zredukowanie odrębnego traktowania **sieci ruchomych**. Federalna Komisja Łączności stwierdza, że znacznie wzrosła przepływność dostępu internetowego w sieciach ruchomych, wielokrotnie wzrósł wolumen danych, zmianie uległy technologie. Użytkownicy w coraz szerszym zakresie realizują dostęp poprzez sieci ruchome. Coraz większa liczba użytkowników korzysta jedynie z dostępu ruchomego. Zauważa się, że dostęp ruchomy występuje częściej w grupach społecznych gorzej sytuowanych oraz wśród użytkowników na terenach wiejskich, którzy mają mniejsze możliwości zmiany dostawcy. Wzrost liczby użytkowników dostępu ruchomego powoduje, że dostawcy zawartości dostosowują swoją ofertę coraz bardziej do odbioru na urządzeniach ruchomych. Często usługa jest dostępna najpierw w wersji na urządzenia ruchome, a wiele aplikacji funkcjonuje tylko na tych urządzeniach. Dostawcy treści w coraz szerszym zakresie są uzależnieni od otwartego dostępu do sieci ruchomej (FCC 2015, pkt 90). Zwiększają się możliwości technologiczne zarządzania ruchem w sieciach ruchomych, a także potencjał praktyk dyskryminacyjnych w tych sieciach. Federalna Komisja Łączności stwierdziła, że postęp technologiczny związany ze standardem LTE upodabnia sieci ruchome do sieci stacjonarnych w takim stopniu, który uzasadnia jednolite stosowanie wymagań dotyczących otwartości dostępu do obydwu rodzajów sieci (FCC 2015, pkt 92). Federalna Komisja Łączności nie zmieniła zdania nawet pod wpływem argumentacji ze strony dostawców dostępu ruchomego wskazujących na znacznie większą konkurencję w sieciach ruchomych, presję na spadek cen i inne korzystne dla użytkowników zjawiska. W środowisku sieci ruchomych znacznie częściej występują praktyki trudne do pogodzenia z zasadą otwartości internetu. Ostatecznie jednak FCC zachowała pewne wyjątki w odniesieniu do sieci ruchomych, gdy idzie o zakaz blokowania, spowalniania oraz zakaz nieuzasadnionej dyskryminacji (FCC 2015, pkt 101). W sprawie zakazu blokowania w dyskusji prowadzonej w USA wskazywano na konieczność zwiększonej ochrony użytkowników z powodu spamu oraz możliwości reagowania na nieoczekiwane efekty różnych nowych aplikacji, które mogą być niebezpieczne dla sieci i usług ruchomych.