

Andrzej Nałęcz
Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego
ANalecz@wz.uw.edu.pl

Sprawozdanie z konferencji “Europejski kodeks łączności elektronicznej – implementacja w prawie polskim”, Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa, 24 czerwca 2019 r.

W dniu 24 czerwca 2019 r. na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego odbyła się konferencja „Europejski kodeks łączności elektronicznej – implementacja w prawie polskim”, zorganizowana przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) oraz Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (CBKE). Program konferencji przewidywał dwie sesje i dyskusję panelową.

Konferencję otworzyli prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, dyrektor CARS, oraz prof. dr hab. Stanisław Piątek, zastępca dyrektora CARS. T. Skoczny powitał uczestników konferencji w imieniu dziekana Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, zaś S. Piątek przedstawił podstawowy cel konferencji, jakim była odpowiedź na pytanie, czy w związku z implementacją Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej (EKŁE), bardzo rozbudowanego i napisanego skomplikowanym językiem, należy w Polsce znowelizować istniejące Prawo telekomunikacyjne czy raczej przygotować zupełnie nową ustawę.

Moderatorem pierwszej sesji był Adam Jasser, zastępca dyrektora CARS.

Jako pierwsza wystąpiła dr hab. Ewa Galewska, prezentując zagadnienie współfinansowania infrastruktury telekomunikacyjnej z perspektywy regulacji rynku. Nowa infrastruktura, zwłaszcza w postaci sieci o bardzo dużej przepustowości, jest niezbędna do stworzenia w Unii Europejskiej jednolitego rynku cyfrowego. Dotychczasowe doświadczenia w Europie pokazały, że infrastruktura rozwija się lepiej tam, gdzie postawiono na wspieranie się operatorów po drabinie inwestycyjnej, czyli w Hiszpanii, Francji i Portugalii, nie zaś na zapewnienie mocno regulowanego dostępu do sieci operatora zasiedziałego, jak w Niemczech. Istnieją dwa modele współinwestycji. Model regulowany zakłada istotny wpływ krajowego organu regulacyjnego na zawierane porozumienia między inwestorami, zaś model komercyjny jest dużo bardziej elastyczny, choć nie wyklucza ingerencji regulatora w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości na rynku objętym współinwestycjami. Oba modele w praktyce działają dość dobrze, choć raczej premiują dużych graczy i sprzyjają konsolidacji rynku.

Dotychczasowe ramy regulacyjne nie zabraniały współinwestycji, jednak dopiero w EKŁE unormowano je wprost. Celowo ich nie zdefiniowano, by można było w praktyce traktować je szeroko. Stosowanie umów o współinwestycjach powinno być zawsze brane pod uwagę przez organy regulacyjne przy podejmowaniu decyzji czy dany rynek wymaga regulacji – regulację można wycofać ze względu na współinwestycje, ale też można zacząć regulować rynek, gdy współinwestycje stały się problematyczne. Przepisy o współinwestycjach mogą doprowadzić do powstawania oligopolu i osłabienia regulacji bazującej na kryterium znaczącej pozycji rynkowej. Prelegentka zakończyła swoje wystąpienie stwierdzeniem, że unormowanie współinwestycji w EKŁE oznacza deregulację opartą na bardzo słabych gwarancjach ochrony konkurencji i korzyści dla użytkowników końcowych.

Jako drugi wystąpił prof. dr hab. Sławomir Dudzik prezentując zasady gospodarowania widmem radiowym w świetle EKŁE. Zauważył, że EKŁE scala akty prawne składające się na dotychczasowe ramy regulacyjne, dodając też nowe przepisy. EKŁE przekształcając i zmieniając obecny stan prawny nie zrywa związków z dotychczasowymi dyrektywami. Unormowanie gospodarowania widmem w EKŁE wiąże się z celem stworzenia jednolitego rynku cyfrowego w Unii Europejskiej. Polityka dotycząca widma zmierza do harmonizacji, promowania efektywnego wykorzystania widma, zapewnienia stabilnych warunków inwestowania oraz szybkiego uruchomienia sieci 5G. Harmonizację ma zapewnić Zespół ds. Polityki Spektrum Radiowego, który co prawda nie ma silnych kompetencji decyzyjnych, ale poprzez przygotowywane sprawozdania i opinie może wpływać niewładczo na gospodarowanie widmem w państwach członkowskich. EKŁE nie dokonuje istotnych zmian dotyczących gospodarowania widmem. Pozostaje ono dobrem krajowym, a przychody z przyznawania uprawnień do korzystania z niego pozostają przychodami budżetów krajowych. Kompetencje organów unijnych są ograniczone do koordynacji. Jedynym stanowczym uprawnieniem jest decyzja Komisji rozstrzygająca spory pomiędzy państwami dotyczące wykorzystania widma. Efektywnemu wykorzystaniu widma będzie służyło nowe rozwiązanie – współużytkowanie widma, konieczne przy nowoczesnych rozwiązaniach, takich jak łączność pomiędzy autonomicznymi samochodami. Pozytywny wpływ na stabilność inwestycji będzie miało wydłużenie terminów, na które przyznaje się uprawnienia do korzystania z widma. Celu szybkiego uruchomienia sieci 5G w Polsce nie uda się zrealizować na skutek problemów koordynacji z Rosją. Kończąc wystąpienie, prelegent stwierdził, że ze względu na ewolucyjny, a nie rewolucyjny charakter EKŁE w zakresie gospodarowania widmem radiowym nie wydaje się konieczne przygotowanie nowej ustawy.

Można ewentualnie jak najszybciej znowelizować Prawo telekomunikacyjne, równolegle prowadząc prace nad zupełnie nowym aktem prawnym, do przyjęcia w przyszłości.

Jako trzeci wystąpił r. pr. Jakub Woźny, przedstawiając kategoryzację usług łączności elektronicznej. Na gruncie EKŁE nie zmieniła się istota usług łączności elektronicznej, które nadal mają te same, wspólne cechy – są to usługi o samodzielnym charakterze, podlegające osobnej sprzedaży, świadczone zazwyczaj za wynagrodzeniem (nie tylko pieniężnym) i polegające na przekazywaniu sygnałów (co polega na trosce o to, by sygnał dotarł do celu). EKŁE wyróżnia trzy rodzaje usług łączności elektronicznej: usługę dostępu do Internetu (przy czym usługa nie oferowana publicznie, a także tzw. usługa specjalistyczna należą nie do tej kategorii, lecz do tzw. innych usług); usługi łączności interpersonalnej (obejmują standardowe usługi głosowe, ale także VoIP, czaty internetowe, pocztę elektroniczną; nie obejmują co do zasady serwisów społecznościowych, komunikatorów w grach i stron internetowych); wreszcie tzw. inne usługi, np. usługi na potrzeby nadawania, usługi łączności maszyna-maszyna. Zdaniem prelegenta zmiany kategoryzacji usług łączności elektronicznej w EKŁE nie są rewolucyjne, choć bez wątplenia trzeba będzie w Polsce unormować kwestie zupełnie nowe, np. związane z łącznością maszyna-maszyna oraz usługami over-the-top.

Jako czwarty i ostatni w pierwszej sesji wystąpił r. pr. Wojciech Krupa, opisując kierunek regulacji rynku łączności elektronicznej. Historię regulacji telekomunikacji w Unii Europejskiej prelegent podzielił na cztery etapy, zastrzegając zarazem, że żadnej z nich – poza pierwszym – nie został w pełni zamknięty. Etap pierwszy, liberalizacji, zapoczątkowany w latach 80., znalazł wyraz głównie w licznych dyrektywach z lat 90. Dążono wówczas do przejścia od rynku operatorów narodowych do rynku konkurencyjnego, poprzez zniesienie praw wyłącznych i specjalnych i zapewnienie interoperacyjności nowych sieci z sieciami operatorów zasiedziały. Etap drugi, rozwoju konkurencji, rozpoczął się wraz z wejściem w życie pakietu dyrektyw z 2002 r. Uwzględniono zmiany na rynku, w tym konwergencję usług. Przyjęto paradygmat konkurencji jako motywu napędowego korzyści dla użytkowników końcowych. Wprowadzono analizy rynku i stosowanie regulacji *ex ante*, rozwiązujących zidentyfikowane problemy rozwoju konkurencji. Zmierzano do nakładania obowiązków tylko na podmioty posiadające znaczącą pozycję na rynku, czyli z reguły na historycznych operatorów zasiedziały. Zainteresowano się też uproszczeniem systemu zezwoleń oraz zarządzaniem widmem. Etap trzeci, budowy jednolitego rynku, zapoczątkowano przeglądem ram regulacyjnych w 2009 r. Zauważono, że konkurencja się rozwija, ale pomiędzy państwami istnieją istotne różnice dotyczące podejścia do regulacji rynków. Silniejsze uprawnienia Komisji i utworzenie BEREC, zapewniającego współpracę regulatorów, miały

służyć stworzeniu jednolitego rynku. Pojawił się paradygmat inwestycji w sieci nowej generacji, wyrażający się uwzględnianiem ryzyka inwestycji przy podejmowaniu rozstrzygnięć regulacyjnych. Wzmocniono też ochronę konsumentów, zapewniając więcej przejrzystości. Wraz z uchwaleniem dyrektywy w sprawie redukcji kosztów w 2014 r. rozpoczął się etap czwarty skoncentrowany na promowaniu inwestycji. Dąży się do objęcia jednolitymi normami prawnymi wszystkich substytutów tradycyjnych usług komunikacyjnych. Kładzie się nacisk na realizację celów inwestycyjnych, co zdaniem Komisji jest uzasadnione, bo rynki są na tyle dojrzałe i konkurencyjne, że trzeba przejść do etapu inwestycji w bardzo szybkie sieci. Aktualny paradygmat to zwiększenie korzyści konsumentów poprzez budowę superszybkich sieci. Promowanie konkurencji schodzi na dalszy plan.

Moderatorem drugiej sesji był dr hab. Maciej Bernatt, sekretarz naukowy CARS.

Jako pierwszy wystąpił dr Artur Salbert, przedstawiając prawa użytkowników końcowych i usługę powszechną. Zwrócił uwagę, że w EKŁE zdecydowano się na ochronę konsumentów, a nie wszystkich użytkowników końcowych, ale wydaje się, że państwa członkowskie mogą według własnego uznania unormować relacje między dostawcami usług łączności elektronicznej a użytkownikami końcowymi niebędącymi konsumentami. Wymogi informacyjne, do tej pory dotyczące konsumentów, rozszerzono w EKŁE także na przedsiębiorców, do średnich włącznie, co będzie wymagało zmian w prawie krajowym. Nowym rozwiązaniem jest podsumowanie warunków umowy, stanowiące jej integralną część, a odpowiadające formularzowi, który przygotowuje Komisja. Może to oznaczać ograniczenie swobody dostawców usług. EKŁE ustanawia obowiązek stworzenia narzędzia pozwalającego monitorować i kontrolować wykorzystanie usług. Obligatoryjne staje się też zapewnienie dostępu do przynajmniej jednego bezpłatnego narzędzia służącego porównaniu i ocenie usług, w tym ich jakości i cen. Prelegent wspominał też o automatycznym przedłużaniu umów zawartych na czas określony, możliwym skróceniu maksymalnego czasu obowiązywania umów, przekazywaniu użytkownikom końcowym informacji o najlepszych taryfach co najmniej raz roku, braku uprawnienia do rozwiązania umowy w razie jej modyfikacji poprzez obniżenie ceny, zmianie dostawcy usługi dostępu do Internetu analogicznej do obecnego przeniesienia numeru, a także o ofertach pakietowych. Komentując unormowanie usługi powszechnej w EKŁE, prelegent zwrócił uwagę, że zmienia się katalog usług nią objętych – obecnie są to usługi głosowe oraz adekwatny szerokopasmowy dostęp do Internetu. Wszyscy przedsiębiorcy będą musieli zapewnić przystępność cenową usługi powszechnej, jednak wyłącznie konsumentom, nie zaś wszystkim użytkownikom. Obowiązek

zapewnienia dostępności usługi będzie ciążył tylko na przedsiębiorcy wyznaczonym. Nie zmienia się model finansowania.

Jako drugi wystąpił dr Andrzej Nałęcz, opisując budowę sieci o bardzo dużej przepustowości. Chodzi o sieci składające się z elementów światłowodowych, doprowadzonych do punktu dystrybucji w miejscu świadczenia usługi. Dopuszczalne są też inne technologie niż światłowodowa, o ile zapewniają analogiczne warunki jakościowe. Celem wynikającym z EKŁE jest zapewnienie możliwości dostępu do usług świadczonych z wykorzystaniem takich sieci wszystkim gospodarstwom domowym i przedsiębiorstwom w Unii Europejskiej. Cel ten ma w istocie charakter polityczny, a jego obiektywne podstawy kwestionuje się w literaturze ekonomicznej, wskazując m. in. na niewielki popyt na bardzo szybkie usługi dostępu do Internetu, uzasadniony brakiem w przewidywalnej perspektywie czasowej zawartości internetowej wymagającej korzystania z usług o aż tak wysokiej jakości. Inwestycje w sieci o bardzo dużej przepustowości wiążą się z wysokim ryzykiem. EKŁE przewiduje rozwiązania, które mogą je obniżyć. W szczególności chodzi o promowanie współinwestycji i stosowanie mechanizmów zachęcających przedsiębiorców do przystępowania do nich na możliwie wczesnym etapie. Udział we współinwestycji powinien bardziej się opłacać niż żądanie dostępu do zrealizowanej sieci. Budujący sieci o bardzo dużej przepustowości mogą liczyć na zwolnienie z części obowiązków regulacyjnych, zarówno symetrycznych jak i asymetrycznych, co powinno zachęcić ich do inwestowania. Transpozycja EKŁE w tym zakresie nie wymaga stworzenia nowej ustawy. Prelegent zaproponował konkretne zmiany w istniejącym Prawie telekomunikacyjnym. Wreszcie wskazał, że procedowany obecnie w Sejmie rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dokonujący w niewielkim stopniu transpozycji EKŁE do prawa polskiego, budzi wątpliwości z punktu widzenia właściwego podejścia do przejrzystości i niedyskryminacji w zakresie budowy infrastruktury, a także znoszenia niepewności co do działań krajowego organu regulacyjnego.

Jako trzeci wystąpił dr Mateusz Chołodecki, opisując krajowy organ regulacyjny i jego współpracę z organami Unii Europejskiej. Prelegent krótko przedstawił unormowanie krajowego organu regulacyjnego w dotychczasowych ramach regulacyjnych, by następnie przejść do opisu stanu wynikającego z EKŁE. Nie ma istotnych zmian w zakresie prawa ustrojowego i współdziałania z organami europejskimi. Wzmocniono niezależność organu poprzez unormowanie jego powoływania i odwoływania, a także położenie nacisku na posiadanie odpowiednich zasobów technicznych, finansowych (w tym oddzielnego, autonomicznie wykonywanego budżetu) i ludzkich. Nowością jest kompetencja BEREC do

wydania opinii dotyczącej rozstrzygnięcia sporu transgranicznego przez krajowe organy. W zakresie postępowania konsolidacyjnego niewiele się zmienia, choć Komisja zyskała kompetencję do nałożenia obowiązku wycofania planowanych środków regulacyjnych dotyczących dostępu do okablowania lub współinwestycji. Nowością jest postępowanie harmonizacyjne. Podsumowując prelegent zauważył, że poprzez zwiększenie jej kompetencji Komisja stała się swoistym super-regulatorem, a choć krajowe organy regulacyjne mają być niezależne, to nie w relacjach z Komisją. Wydaje się, że Unia Europejska zmierza do tworzenia rynków ponadnarodowych oraz paneuropejskiego organu regulacyjnego.

Jako czwarty w drugiej sesji wystąpił adw. Xawery Konarski, mówiąc o relacji między EKŁE a przepisami o e-prywatności oraz RODO. Zwrócił uwagę przede wszystkim na skomplikowanie systemu prawnego w tym zakresie, wynikające ze wzajemnych odesłań pomiędzy poszczególnymi aktami prawnymi. EKŁE w istotnym stopniu wpłynie na ochronę prywatności poprzez unormowanie usług interpersonalnych. Projektowane obecnie rozporządzenie o e-prywatności docelowo uchyli dotychczasową dyrektywę i będzie regulacją sektorową w stosunku do RODO. Istotne są rozbieżności pomiędzy rozumieniem elementów składowych usługi interpersonalnej między EKŁE a przepisami o e-prywatności, dotyczące zwłaszcza tzw. podrzędnych usług dodatkowych, np. modułów komunikacyjnych w aplikacjach randkowych. Po wejściu w życie rozporządzenia ograniczona zostanie możliwość, obecnie nadużywana, wykorzystania danych o ruchu lub lokalizacji użytkownika. Nie bez znaczenia jest też fakt, że EKŁE zawiera własną definicję bezpieczeństwa sieci i usług, odmienną niż w innych przepisach.

Uczestnikami dyskusji panelowej byli: Wanda Buk, podsekretarz stanu w Ministerstwie Cyfryzacji; Iwona Różyk-Rozbicka, dyrektor Departamentu Prawnego w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej; Jolanta Tropaczyńska, dyrektor Biura Prawnego Orange Polska S.A.; Dariusz Trzeciak, przedstawiciel Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji; prof. dr hab. Maciej Rogalski, rektor Uczelni Łazarskiego; oraz r. pr. Tadeusz Piątek, przedstawiciel kancelarii prawnej DZP. W roli moderatora wystąpił S. Piątek. Zachęcił uczestników panelu do oceny celowości przygotowania nowej ustawy i nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego. Jedną z możliwości jest połączenie zakresu unormowania kilku obecnych ustaw, w tym Prawa telekomunikacyjnego i ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, w nowy kodeks. Rozważenia wymaga, jak pracować nad projektem oraz jak go konsultować. Należy zidentyfikować kwestie szczególnie kontrowersyjne. Problematiczne może okazać się uwzględnienie w

krajowym systemie prawnym systemu zaleceń i innych dokumentów, które na podstawie EKŁE wyda Komisja.

W. Buk zwróciła uwagę, że ewentualny projekt zupełnie nowej ustawy musiałby przejść całą ścieżkę legislacyjną, co wiązałoby się z ryzykiem wprowadzenia na etapie konsultacji międzyresortowych i na etapie sejmowym nieprzewidzianych zmian, w tym znoszących znane od lat rozwiązania. Nie należy łączyć ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych z Prawem telekomunikacyjnym, zaś wdrożeniu EKŁE będzie służyła głównie nowelizacja drugiej z tych ustaw.

I. Różyk-Rozbicka wyraziła przekonanie, że nie ma pewności, czy już dziś trzeba podejmować decyzję o tworzeniu nowej ustawy lub nowelizacji starej. Sposób postępowania powinien wyklarować się podczas prac nad implementacją EKŁE. Pozostały czas jest zbyt krótki by napisać zupełnie nową ustawę, z uwzględnieniem także potrzebnego *vacatio legis*. Jeśli godzimy się jednak na opóźnienie terminu nowelizacji, wówczas można rozważać czy pisać nową ustawę. Realne jest jednak ryzyko, na które wskazała W. Buk. Najgorzej by było, gdyby implementowano EKŁE poprzez proste kopiowanie jego przepisów do prawa polskiego, a jest taka pokusa, bo trudno pożenić skomplikowaną terminologię EKŁE z krajowym dorobkiem prawnym, na co wskazują doświadczenia krajów, które już zajęły się implementacją.

J. Tropaczyńska stwierdziła, że z punktu widzenia przedsiębiorców działających na rynku lepsza jest nowelizacja istniejących przepisów. Istotne, by w procesie legislacyjnym uwzględnić opinię przedsiębiorców, którzy będą musieli działać zgodnie z nowym prawem. Harmonogram procesu legislacyjnego trzeba tak ustalić, by strona rządowa rzeczywiście miała możliwość autentycznego uwzględnienia opinii przedsiębiorców. Dyskusantka zauważyła też, że im większe przedsiębiorstwo, tym większy trud wdrożenia nowych przepisów. Przedsiębiorcy potrzebują tyle czasu na wdrożenie przepisów, co strona państwowa potrzebuje na ich uchwalenie.

Zdaniem D. Trzeciaka raczej trzeba pozostać przy nowelizacji starej ustawy. Procedowanie ewentualnej nowej ustawy jako kodeksu jest problematyczne pod względem legislacyjnym.

M. Rogalski zasygnalizował na wstępie kontrowersyjny charakter swojej wypowiedzi. zaproponował stworzenie zupełnie nowej, rewolucyjnej ustawy, będącej wyrazem pełnej konwergencji mediów elektronicznych, znoszącej rozczłonkowanie systemu prawnego i biorącej pod uwagę nowoczesne zjawiska, takie jak sztuczna inteligencja. Ważne jest

opracowanie założeń nowej ustawy, zmierzających do odpowiedzi na pytanie czy chcemy zmieniać istniejący porządek, czy budować porządek zupełnie nowy.

T. Piątek zaproponował opracowanie nowej ustawy, prawa łączności elektronicznej. Wskazał, że nie należy bać się skali przedsięwzięcia, bo przecież z Prawem telekomunikacyjnym 2004 r. sobie poradzono, choć z przekroczeniem terminów. Nowa ustawa może nie będzie doskonała, ale przy stanowczym podejściu prowadzących proces legislacyjny do kwestii kontrowersyjnych uda się ją stworzyć. Trzeba mieć przekonanie co do celów i zadań spełnianych przez nową regulację. Zasadne jest zlecenie opracowania założeń ustawy podmiotowi zewnętrznemu, niezaangażowanemu własnymi interesami w opisywaną materię.

Na koniec konferencji odbyła się krótka dyskusja otwarta. Wojciech Hałka pozytywnie ocenił pomysł przygotowania założeń ustawy przez podmiot zewnętrzny. M. Chołodecki zauważył, że dyrektywa EKŁE w istocie podobna jest do rozporządzenia, a wiele jej przepisów wymusza implementację polegającą na prostym przeniesieniu przepisów EKŁE do prawa krajowego. Można jednak próbować dać wyraz w polskiej ustawie krajowym priorytetom. Nawiązując do tej wypowiedzi E. Galewska stwierdziła, że EKŁE nie umożliwia osiągnięcia wszystkich celów, na których nam zależy. T. Skoczny opowiedział się za pomysłem stworzenia nowej ustawy, a zwłaszcza w wariantcie prawa łączności elektronicznej według koncepcji T. Piątka. Za bardzo dobrą uznał także ideę opracowania założeń ustawy przez podmiot zewnętrzny, nawet gdyby chodziło tylko o nowelizację Prawa telekomunikacyjnego.

Konferencję zamknął S. Piątek, dziękując uczestnikom, prelegentom i dyskutantom.