

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2020 r.

**Pani
Wanda Buk
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Cyfryzacji**

**STANOWISKO
ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE
ADVERTISING BUREAU W/S PROJEKTU NOWEJ USTAWY Z DNIA 29 LIPCA
2020 R. – PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ WDRAŻAJĄCEGO DO
POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO PRZEPISY DYREKTYWY
PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2018/1972 Z DNIA
11 GRUDNIA 2018 r. USTANAWIAJĄCEJ EUROPEJSKI KODEKS ŁĄCZNOŚCI
ELEKTRONICZNEJ A TAKŻE DO PROJEKTU USTAWY WPROWADZAJĄCEJ
USTAWĘ PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ.**

Szanowna Pani Minister,

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Cyfryzacji do wzięcia udziału w konsultacjach projektu nowej ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej (dalej: „PKE” lub „projekt PKE”) oraz ustawy ją wprowadzającej, Związek Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska (dalej: „IAB Polska”) pragnie przedstawić swoje stanowisko.

1. Uwagi ogólne

Na wstępie IAB Polska podkreśla, że zgadza się z podejściem Ministerstwa i obranym kierunkiem projektowanych regulacji, które nie dotyczą wyłącznie kwestii związanych z transpozycją dyrektywy Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej (dalej: „EKŁE”), ale dokonują również kompleksowego przeglądu obowiązujących obecnie krajowych ram regulacyjnych komunikacji elektronicznej. Nie widzimy natomiast potrzeby wdrażania nową ustawą przepisów, które nie są bezpośrednio związane z implementacją EKŁE oraz ponad jej konieczny zakres. Nowa ustawa powinna koncentrować się na zagadnieniach stricte natury komunikacji elektronicznej i kwestiach technicznych. Mimo zgłaszanych już wcześniej uwag na etapie wstępnego projektu ustawy nadal zauważamy pewne luki legislacyjne oraz niejasności wynikające z koncepcji tworzenia nowego aktu prawnego w oparciu o aktualnie obowiązującą ustawę z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne i przejmowania dotychczasowych rozwiązań w sposób zbyt rozszerzający w porównaniu z regulacjami koniecznymi do wdrożenia na mocy EKŁE. Nie znajduje to w naszej ocenie dostatecznego uzasadnienia i wymaga jeszcze weryfikacji.

2. Termin wejścia w życie przepisów

Przedstawiony przez Ministerstwo Cyfryzacji z końcem lipca projekt ustawy – Prawo komunikacji elektrycznej stanowić ma nowe ramy regulacyjne dla całego sektora łączności elektronicznej. Akt ten ma zastąpić obowiązujące od 2004 r. Prawo telekomunikacyjne i jednocześnie wdrażać unijną Dyrektywę ustanawiającą Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej, która rozszerza krąg podmiotów zobowiązanych na podstawie regulacji, a więc obok przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przepisom ustawy podlegać będą częściowo również podmioty świadczące usługi komunikacji interpersonalnej, które umożliwiają bezpośrednią wymianę informacji za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej między skończoną liczbą osób, do grupy tej zaliczyć można będzie m.in. dostawców poczty elektronicznej czy komunikatorów.

Termin implementacji dyrektywy, jak i wejścia w życie projektowanej regulacji, wyznaczony został na 21 grudnia 2020 r., niestety termin ten wydaje się być z perspektywy przedsiębiorców niemożliwy do wypełnienia. Proces legislacyjny projektu ustawy rozpoczął się z końcem lipca, a zważywszy na to, że jest to nowy akt adresujący różne zagadnienia istotne dla rynku komunikacji elektronicznej, jego przebieg nie powinien być pospieszny i pochopny, wobec czego niemożliwe jest szybkie zakończenie prac legislacyjnych i publikacja ustawy w Dzienniku Ustaw w terminie dającym przedsiębiorcom czas na przygotowanie do zmian.

W związku z powyższym IAB postuluje o wprowadzenie co najmniej 6-miesięcznego okresu *vacatio legis* dla projektowanej ustawy.

Wdrożenie zmian, które w dużym zakresie wymagają zmian w systemach IT czy sposobach obsługowych będzie wymagało dedykowania do tego odpowiednich zasobów organizacyjnych, jak i kosztowych. IAB zwraca uwagę na rozszerzenie podmiotów zobowiązanych do zapoznania się ze zmianami oraz ich wdrożenia, przedsiębiorcom od momentu zakończenia procesu legislacyjnego niezbędny jest dłuższy czas na wprowadzenie zmian w procesach w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Nie mogą oni przygotowywać się do wdrożenia zmian w oparciu o treść dyrektywy czy projektu ustawy, który zarówno na etapie prac rządowych, jak i parlamentarnych może ulegać istotnym zmianom. Przejście do etapu implementacji regulacji w ramach funkcjonujących modeli prowadzenia działalności gospodarczej możliwe będzie dopiero po opublikowaniu finalnej treści ustawy w Dzienniku Ustaw.

3. Wpis do rejestru (Dział I Rozdział 2 Oddział 1 projektu ustawy)

Projektowane w PKE art. 5-18 dotyczące funkcjonowania rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych („rejestru PT”) i rejestru jednostek samorządu terytorialnego („rejestru JST”) wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji stanowią wdrożenie art. 12 i 14 EKŁE - **ograniczając wymogi proceduralne jedynie do wymogu zgłoszenia deklaratywnego**. Z aprobatą należy również przyjąć przesądzenie o jawności oraz sposobie publikacji rejestru PT i rejestru JST w systemie teleinformatycznym.

Warto mieć na uwadze, że przepisy unijne wprost wyłączają z obowiązku uzyskania ogólnego zezwolenia dostawców usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów. W PKE takiego wyłączenia nie ma, co wynika z **przyjęcia odrębnej definicji dla usług telekomunikacyjnych, z których wyłączone są usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujące numerów, a zatem w dalszym ciągu przepisy dotyczące rejestrów nie będą mieć do nich zastosowania.** IAB popiera takie rozwiązanie.

Pozytywnie należy również ocenić wyłączenie z działalności telekomunikacyjnej udostępniania sieci wi-fi lokalnie, co wynika z transpozycji art. 56 ust. 1 oraz ust. 6 lit. a. EKŁE.

4. Opłaty (Dział I Rozdział 3 projektu ustawy)

4.1. Art. 24 ust.10 p.13 lit. e)

Proponowany przepis odnosi się do zasad wnoszenia opłat za dysponowanie częstotliwością i modyfikuje obecnie istniejący przepis w art. 185 ust.1 pkt 13 lit. e) prawa telekomunikacyjnego:

„za prawo do dysponowania jednym kanałem telewizyjnym przez jedną stację telewizyjną analogową w zakresie powyżej 174 MHz – 99 000 złotych,”

poprzez usunięcie słowa „analogową”.

Postulujemy usunięcie przedmiotowego zapisu z projektu ustawy PKE.

Uzasadnienie:

Ta nieoczekiwana zmiana być może jest wynikiem omyłki pisarskiej lub pochopnej próby legislacyjnego oczyszczenia ustawy z pozostałości po erze "analogowej" telewizji. Jeżeli jednak tę zmianę projektodawca wprowadza celowo, zdecydowanie wymagałaby ona przytoczenia w uzasadnieniu projektu argumentów za jej wprowadzeniem. Tymczasem uzasadnienia takiego brak.

W ocenie członków IAB Polska proponowana zmiana jest niedopuszczalna. **Przyjęcie takiego zapisu skutkuje potencjalną koniecznością zapłacenia przez każdego nadawcę, za każdą jedną stację nadawczą (nadajnik) - a są ich setki - kwoty 99 tysięcy złotych.** Mając na uwadze, że w lit. f) tego przepisu uregulowane są opłaty od systemów cyfrowych, pozostawienie obu tych zapisów w zaproponowanym brzmieniu grozi obowiązkiem ponoszenia przez nadawców dotychczasowych opłat objętych lit. f) oraz **dodatkowo** opłat za każdy nadajnik - wg zmienionej lit. e). W przypadku niektórych podmiotów oznaczałoby to dodatkowe obciążenie w wysokości ponad 100 mln złotych rocznie.

5. Bezpieczeństwo sieci i usług (Dział I Rozdział 5 Oddział 1 projektu ustawy)

Przepisy PKE uwzględniając regulacje zawarte w EKŁE powinny różnicować obowiązki dostawców usług lub sieci telekomunikacyjnych (nakładać dalej idące obowiązki) oraz dostawców usług łączności interpersonalnej niewykorzystującej numerów i wykorzystującej numery, jeżeli dostawca nie sprawuje kontroli nad transmisją sygnału (nakładać obowiązki

o mniejszym zakresie – tymczasem w projekcie PKE zostały one pominięte). Potwierdza to motyw 95 EKŁE, zgodnie z którym:

Z uwagi na rosnące znaczenie usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów należy zapewnić aby podlegały one również odpowiednim wymogom bezpieczeństwa zgodnie z ich specyficznym charakterem i istotną rolą w gospodarce. Dostawcy usług powinni również zapewnić poziom bezpieczeństwa proporcjonalny do istniejącego ryzyka. Ze względu na to, że dostawcy usługi interpersonalnej łączności niewykorzystujące numerów zazwyczaj nie sprawują rzeczywistej kontroli nad transmisją sygnałów w sieciach, stopień ryzyka w przypadku takich usług można uznać za niższy pod pewnymi względami niż w przypadku tradycyjnych usług łączności elektronicznej. Dlatego też, jeżeli tylko jest to uzasadnione aktualną oceną ryzyka dla bezpieczeństwa, środki podejmowane przez dostawców usługi interpersonalnej łączności niewykorzystujące numerów powinny być łagodniejsze. Takie samo podejście powinno być stosowane odpowiednio do usług łączności interpersonalnej wykorzystującej numery, jeżeli dostawca nie sprawuje rzeczywistej kontroli nad transmisją sygnału.

W związku z powyższym IAB Polska postuluje, aby regulacje wdrażane do PKE nie wychodziły poza ramy regulacyjne wynikające z dyrektywy EKŁE, gdyż zrównywanie obowiązków w zakresie bezpieczeństwa sieci i usług dla wszystkich przedsiębiorców komunikacji elektronicznej nie znajduje uzasadnienia, natomiast może prowadzić do zaburzenia zasad konkurencyjności poprzez niepotrzebne obciążanie dodatkowymi obowiązkami przedsiębiorców nie sprawujących rzeczywistej kontroli nad transmisją danych.

6. Gospodarowanie częstotliwościami (Dział II Rozdział 1 projektu ustawy)

6.1. Art. 94 ust. 6

W art. 94 ust. 6 PKE proponowane jest wprowadzenie następującego zapisu:

„Prezes UKE, w celu zapewnienia ładu w gospodarce częstotliwościami oraz zwiększenia efektywności wykorzystywanych częstotliwości, może dokonać zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości poprzez zamianę częstotliwości objętych rezerwacją na częstotliwości o analogicznych właściwościach. Zmiana może dotyczyć całości lub części częstotliwości objętych rezerwacją.”

IAB Polska postuluje usunięcie przedmiotowego zapisu. Alternatywnie postuluje o wyłączenie jego stosowania w stosunku do rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania programów radiofonicznych w sposób analogowy drogą rozszewczą naziemną.

U podstaw tych postulatów stoją następujące argumenty:

1) Swoboda uznaniowa Prezesa UKE i naruszenie konstytucyjnych praw nadawców

Projektowany art. 94 ust. 6 uprawnia Prezesa UKE do dokonywania zmian przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości poprzez zamianę częstotliwości objętych rezerwacją na częstotliwości o analogicznych właściwościach. Tym samym poszerza on i tak już szeroki katalog sytuacji, w których Prezes UKE może dokonać zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości. Przepis ten stanowi odpowiednik obecnego art. 123 ust. 2c prawa telekomunikacyjnego.

Przesłanki dokonania zamiany częstotliwości są pojęciami nieostryimi, tj. Prezes UKE może dokonać zamiany „w celu zapewnienia ładu w gospodarce częstotliwościami oraz zwiększenia efektywności wykorzystanych częstotliwości”. Przepis ten nie zawiera ściśle określonych kryteriów do przeprowadzenia tych zmian i tym samym w sposób nieuzasadniony poszerza Prezesowi UKE zakres swobody w jego stosowaniu. Niejasne jest także, w jaki sposób nadawca może potwierdzić, że częstotliwości otrzymane w ramach zamiany posiadają „analogiczne właściwości”.

W rezultacie, Prezes UKE otrzymuje szerokie uprawnienie, bez narzuconych mu jakichkolwiek formalnych i merytorycznych kryteriów oceny, w szczególności sposobu mierzenia owej efektywności wykorzystywania częstotliwości. Ponadto, istniejąca od lat przesłanka zmiany lub cofnięcia decyzji rezerwacyjnej z uwagi na nieefektywne wykorzystanie częstotliwości jest wystarczającą podstawą prawną do dokonania potencjalnych zmian i nie ma potrzeby utrzymywania dodatkowej podstawy prawnej dla zmiany rezerwacji częstotliwości. Tym bardziej sprzeciw budzi utrzymywanie dodatkowego, inaczej sformułowanego kryterium, opartego na tej samej przesłance niezdefiniowanej efektywności wykorzystywania częstotliwości. Taki zapis budzi wątpliwości co do jego zgodności z art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 20 w zw. z art. 22 i art. 14 Konstytucji RP. Wskazane przesłanki zmiany przydzielonych rezerwacji zostały bowiem określone w sposób na tyle nieostry, że mogą doprowadzić do arbitralnego i niepodlegającego kontroli merytorycznej zmieniania przydzielonych rezerwacji przez Prezesa UKE, a w rezultacie — do swobodnego kształtowania przez niego zakresu przysługującej nadawcom i innym uczestnikom rynku swobody działalności gospodarczej (ograniczenie dostępu do podstawowego kanału prowadzenia działalności), wolności mediów, ochrony praw nabytych i interesów w toku.

2) Sprzeczność z prawem UE z uwagi na brak rekompensaty kosztów zmian

Nadawcy programów radiowych nadawanych w sposób analogowy drogą naziemną, zwłaszcza tych o zasięgu lokalnym, latami dokonują nakładów mających na celu przyzwyczajenie słuchaczy do tego, iż dany program radiowy dostępny jest na ściśle określonej częstotliwości. Dokonanie w sposób uznaniowy zamiany takiego pasma na inny zasób, nawet o podobnych właściwościach technicznych, może się przełożyć na wymierną szkodę dla nadawcy w postaci utraty słuchaczy, którzy mogą nie podążyć za taką zmianą częstotliwości. W konsekwencji utrata słuchaczy przełoży się na spadek wpływów reklamowych, które dla nadawców komercyjnych są głównym źródłem przychodów.

Jednocześnie omawiany przepis nie przewiduje żadnej rekompensaty ani za koszty zmian, ani za ich ewentualne skutki w postaci uszczerbku wpływów reklamowych. Jest to sprzeczne z prawem UE, bowiem zasada rekompensaty kosztów migracji lub realokacji wykorzystania częstotliwości została wprowadzona wprost na mocy art. 6 ust. 5 Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 243/2012/UE z dnia 14 marca 2012 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego programu dotyczącego polityki w zakresie widma radiowego i jest ona jedną z zasad gospodarki częstotliwościami, które obowiązują wszystkie państwa członkowskie UE. Zasada ta wynika także z art. 19 ust. 1 i 2 EKŁE.

3) Sprzeczność z prawem UE z uwagi na naruszenie unijnych zasad gospodarki częstotliwościami

Dodatkowo, omawiany przepis jest sprzeczny z następującymi przepisami EKŁE:

a) art. 3 ust. 2 c) EKŁE, który stanowi, że krajowe organy regulacyjne i państwa członkowskie dążą do realizacji każdego z następujących celów: „(...) przyczynianie się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez usuwanie istniejących przeszkód utrudniających inwestycje w sieci łączności elektronicznej, (...) a także poprzez opracowywanie wspólnych przepisów i przewidywalnych podejść regulacyjnych (...). Omawiany przepis nie może być uznany za przewidywalny w rozumieniu EKŁE;

b) art. 19 ust. 2 EKŁE, który stanowi, że państwa członkowskie mogą dopuścić ograniczenie lub cofnięcie praw użytkownika widma radiowego w oparciu o ustanowione wcześniej i „jasno określone procedury, zgodnie z zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji”. W tego rodzaju przypadkach, posiadacze takich praw mogą otrzymać „odpowiednią rekompensatę”. Omawiany przepis nie spełnia przedmiotowych warunków. Nie jest on bowiem jasny, trudno go uznać za środek proporcjonalny czy niedyskryminujący, a ponadto nie przewiduje on żadnej rekompensaty.

c) art. 45 ust. 2 c) i g) EKŁE, który stanowi, że państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia „przewidywalności i spójności podczas przyznawania, odnowy, zmiany, ograniczenia i wycofania praw użytkownika widma radiowego, aby promować długoterminowe inwestycje” oraz stosować zasady „przyznawania, przenoszenia, odnawiania, zmieniania i cofania praw wykorzystania widma radiowego, które są jasno i przejrzysto ustanowione, aby zagwarantować pewność regulacyjną oraz spójność i przewidywalność regulacji”. Omawiany przepis przyznający Prezesowi UKE pełną uznaniowość w zamianie częstotliwości nie spełnia żadnego przedmiotowych warunków.

Jak wynika z powyższych argumentów, omawiany art. 94 ust. 6 PKE, mimo, że stanowi odpowiednik obecnego art. 123 ust. 2c prawa telekomunikacyjnego, nie znajduje racji bytu pod rządami EKŁE, który PKE implementuje. Stąd postulujemy jego usunięcie.

Alternatywnie wnioskujemy o wyłączenie jego stosowania w stosunku do rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania programów radiofonicznych w sposób analogowy drogą rozszewczą naziemną. Jak wynika bowiem z art. 96 ust. 1 PKE, który odwołuje się do kwestionowanego zapisu z art. 94 ust. 6 PKE, miał on w zamyśle ustawodawcy dotyczyć jedynie nadawania w sposób cyfrowy drogą naziemną

6.2. Art. 94 ust. 1

W art. 94 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 oraz ust. 3 proponowane jest wprowadzenie następującego zapisu:

“Prezes UKE, w drodze decyzji, może zmienić lub cofnąć rezerwację częstotliwości w przypadku:

[...]

10) stwierdzenia, że na skutek transakcji handlowej, w szczególności skutkującej przejęciem kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nad podmiotem dysponującym rezerwacją częstotliwości, doszło do nadmiernego skupienia częstotliwości przez podmiot lub grupę kapitałową.

2. Przepisu ust. 1 pkt 10 nie stosuje się, jeżeli strony transakcji handlowej zgłosiły na piśmie Prezesowi UKE zamiar jej przeprowadzenia, a Prezes UKE potwierdził, że zamierzona transakcja handlowa nie będzie prowadziła do nadmiernego skupienia częstotliwości. Prezes UKE zawiadamia strony transakcji handlowej o swoim stanowisku w tej sprawie w terminie 30 dni od dnia otrzymania zgłoszenia zamiaru przeprowadzenia transakcji. W przypadku niezawiadomienia przez Prezesa UKE stron transakcji handlowej w tym terminie uznaje się, że Prezes UKE potwierdził, że zamierzona transakcja handlowa nie będzie prowadziła do nadmiernego skupienia częstotliwości.

3. Przepisu ust. 1 pkt 10 nie stosuje się po upływie 5 lat od dnia dokonania transakcji handlowej.”

IAB Polska postuluje usunięcie przedmiotowych przepisów. Alternatywnie postuluje o wyłączenie ich stosowania w stosunku do rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych albo ich rozprowadzania.

U podstaw tych postulatów stoją następujące argumenty:

1) Sprzeczność z prawem UE z uwagi na naruszenie unijnych zasad gospodarki częstotliwościami

Przedmiotowe przepisy stanowią odpowiednik obecnego art. 123 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 prawa telekomunikacyjnego. Nie znajdują one jednak uzasadnienia pod rządami EKŁE, którą PKE implementuje, gdyż są sprzeczne z zasadami gospodarki częstotliwościami. Jak

wskazano powyżej, przepisy art. 19 ust. 2 oraz art. 45 ust. 2 c) i g) EKŁE nakazują państwom członkowskim, aby zasady przyznawania, zmiany, odnawiania i cofania rezerwacji częstotliwości były określone w sposób precyzyjny, spójny i przewidywalny. Żaden z tych warunków nie jest spełniony.

Przedmiotowe przepisy uprawniają Prezesa UKE do zmiany (przy czym nie wiadomo jaki miałby być zakres takiej zmiany) lub nawet cofnięcia rezerwacji częstotliwości, jeśli stwierdzi, że doszło do nadmiernego skupienia częstotliwości przez podmiot lub grupę kapitałową. Przy czym przesłanki takiej zmiany lub cofnięcia są nieprecyzyjne, gdyż:

- a) brak jest definicji „nadmiernego skupienia częstotliwości”; jest to termin nieznanый zarówno w polskim, jak i unijnym porządku prawnym; niejasne jest w jaki sposób należałoby „zliczać” skupienie częstotliwości i kiedy jest ono nadmierne; na marginesie zwracamy uwagę że takie samo sformułowanie występuje także w innych przepisach PKE: art. 87 ust. 2, 88 ust. 2 pkt 3 oraz art. 93 PKE umożliwiając Prezesowi UKE podejmowanie dyskrejonalnych decyzji dotyczących rezerwacji częstotliwości, także w stosunku do tych, które są przeznaczone do nadawania programów radiowych lub telewizyjnych;
- b) do nadmiernego skupienia częstotliwości może dojść na skutek każdej „transakcji handlowej” dotyczącej podmiotu posiadającego rezerwację częstotliwości, w szczególności (ale nie tylko) takiej która skutkuje przejściem kontroli nad podmiotem dysponującym rezerwacją częstotliwości; brak jest przy tym definicji „transakcji handlowej”, a szeroki zakres tego przepisu sprawia, że obejmuje on także transakcje w ramach jednej i tej samej grupy kapitałowej; należy zaznaczyć, że grupa kapitałowa traktowana jest jako jeden organizm gospodarczy i na gruncie art. 14 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, transakcje wewnątrzgrupowe wyjęte są spod kontroli Prezesa UOKiK (analogiczne podejście obowiązuje na gruncie unijnych przepisów antymonopolowych).

Nieprecyzyjność omawianych przepisów oznacza dla dysponentów częstotliwości brak pewności obrotu prawnego przez aż 5 lat od dnia dokonania transakcji handlowej (tak długi jest bowiem okres przedawnienia). Możliwość zgłoszenia zamiaru takiej transakcji handlowej do Prezesa UKE w celu upewnienia się, że transakcja nie doprowadzi do nadmiernego skupienia częstotliwości jest pozorna. Przepisy nie przewidują bowiem możliwości zaskarżenia stanowiska Prezesa UKE w przypadku, gdy dojdzie on do wniosku - na podstawie niedookreślonych przesłanek – że transakcja będzie skutkować nadmiernym skupieniem częstotliwości.

2) Sprzeczność z prawem UE z uwagi na brak rekompensaty kosztów zmiany lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości

Jak wskazano powyżej, unijne reguły gospodarowania częstotliwościami nakazują państwom członkowskim zapewnienie odpowiedniej rekompensaty kosztów w przypadku zmian rezerwacji częstotliwości. Omawiane przepisy nie spełniają tego warunku.

3) Naruszenie konstytucyjnych praw nadawców

Ponadto, należy zauważyć, że omawiane przepisy mogą stanowić duplikację kontroli w przypadku transakcji, które i tak podlegają ocenie Prezesa UOKiK (lub nawet Komisji Europejskiej). Większość transakcji skutkujących przejściem kontroli nad dysponentem częstotliwości i tak ze względu na skalę działalności podlega bowiem uprzedniej kontroli Prezesa UOKiK. Organ ten ocenia takie transakcje pod kątem ich skutków rynkowych w zakresie telekomunikacji, co obejmuje także rezerwacje częstotliwości, definiując tzw. rynki właściwe.

W konsekwencji wprowadzenia omawianych przepisów Prezes UKE zyska samodzielną władzę (bez udziału Prezesa UOKiK) dyskrecjonalnego decydowania o transakcjach handlowych na rynku telekomunikacyjnym i medialnym. Proponowane rozwiązanie jest nadmiarowe, nieproporcjonalne i naruszające zasadę swobody gospodarczej, jak również inne zasady wyrażone w Konstytucji RP (w szczególności w art. 2 i art. 14 Konstytucji RP).

Z powyższych względów należy zrezygnować z proponowanych zapisów. Alternatywnie, postulujemy o wyłączenie ich stosowania w stosunku do rezerwacji częstotliwości na cele rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych albo ich rozprowadzania. Rezerwacja częstotliwości na rozpowszechnianie programów radiofonicznych lub telewizyjnych jest bowiem wtórna do uprawnień wynikających z koncesji i im podporządkowana – prosimy odwołać się do szczegółowych argumentów w tej kwestii zawartych powyżej. Każda rezerwacja częstotliwości dla nadawcy przyporządkowana jest konkretnemu programowi radiofonicznemu lub telewizyjnemu, stąd trudno jest mówić o nadmiarze takich częstotliwości.

7. Postępowanie konsultacyjne (Dział IV Rozdział 1 projektu ustawy)

Artykuł 176 ust. 1 projektu PKE przewiduje, że Prezes UKE przeprowadzi analizę rynku produktów lub usług komunikacji elektronicznej. Przepis ten ma zastosowanie do dostawców usług komunikacji elektronicznej, tj. dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub podmiotów świadczących publicznie dostępne usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujące numerów (art. 2 pkt 7 projektu PKE). Podstawą prawną dla Prezesa UKE do żądania od takich dostawców informacji niezbędnych do przeprowadzenia analizy wskazanej w art. 176 ust. 1 projektu będzie art. 19 ust. 1 projektu, zgodnie z którym przedsiębiorca komunikacji elektronicznej jest zobowiązany do udzielenia, na wniosek Prezesa UKE, informacji niezbędnych Prezesowi UKE do wykonania jego praw i obowiązków, o których mowa w art. 382 ust. 1 projektu PKE.

Dodatkowo, doprecyzowania wymaga zakres obowiązkowych danych przekazywanych Prezesowi UKE. Zdaniem IAB powinien być on ograniczony i proporcjonalny oraz obejmować tylko takie typy danych, które są Prezesowi UKE **faktycznie niezbędne do wykonywania zadań ustawowych**. Ponadto, takie uprawnienie nie powinno być traktowane rozszerzająco. Duża część podmiotów świadczących takie usługi posiada małe zasoby i konieczność wypełnienia szczegółowych obowiązków informacyjnych mogłaby stanowić duże obciążenie.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że do projektu PKE z 29 lipca w art. 185 przeniesiono definicję przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej oraz przedsiębiorców zajmujących kolektywną pozycję znaczącą w ślad za obecnym brzmieniem art. 25a Prawa telekomunikacyjnego (dalej: „Pr.Tel.”). Usunięto natomiast ust. 2 wspomnianego artykułu, który wskazywał na stosowanie w procesie oceny przedsiębiorców przez Prezesa UKE kryteriów wymienionych w wytycznych Komisji Europejskiej, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pr.Tel. Analogiczną delegację jak w Prawie telekomunikacyjnym stanowi natomiast art. 4 PKE, zgodnie z którym: *„Prezes UKE uwzględnia przy stosowaniu ustawy w największym możliwie stopniu wytyczne i zalecenia Komisji Europejskiej w ich aktualnym brzmieniu.”*

W ocenie IAB Polska regulacja z art. 4 PKE jest jednak zbyt ogólna mając na uwadze obowiązki nakładane na przedsiębiorców zakwalifikowanych przez Prezesa UKE jako posiadających indywidualną lub kolektywną pozycję znaczącą i w ślad za dotychczasową regulacją Pr.Tel oraz art. 63 i 64 EKŁE **konieczność odniesienia się Prezesa UKE w swojej ocenie do wytycznych KE powinna być wprost wskazana w przepisach art. 185 PKE.**

8. Usługi dodatkowego obciążania rachunku (Dział VII Rozdział 1 projektu ustawy)

Na gruncie projektu PKE obowiązki związane z dezaktywacją usługi dodatkowego obciążania rachunku są adresowane do wszystkich dostawców usług komunikacji elektronicznej, a nie jak w EKŁE tylko do dostawców usługi powszechnej, z możliwością ich nałożenia na wszystkich dostawców usług dostępu do internetu oraz publicznie dostępnych usług łączności interpersonalnej wykorzystujących numery.

PKE zdaje się w ten sposób wykraczać poza możliwą na gruncie EKŁE swobodę państw członkowskich, ponieważ zgodnie z art. 101 ust. 1 EKŁE, art. 115 EKŁE jest objęty harmonizacją całkowitą, co oznacza, że państwa członkowskie nie mogą przewidzieć mniej lub bardziej rygorystycznych poziomów ochrony, jeżeli przepis EKŁE na to nie pozwala wprost, zaś art. 115 EKŁE takiego rozszerzenia podmiotowego nie przewiduje.

W ocenie IAB Polska, zgodnie z EKŁE, **PKE nie powinno regulować samej usługi dodatkowego obciążania rachunku usług podmiotów trzecich, lecz jedynie obowiązek umożliwienia jej dezaktywacji**, gdyż jedynie tego wymaga EKŁE. Planowana w PKE regulacja (art. 308, definicja z art. 2 pkt 75 jest zatem nie do zaakceptowania i wymaga zmian, gdyż **nakłada nadmierne i niewynikające z EKŁE obowiązki.**

Projektowane przepisy nakładać mają dodatkowe i bardzo rygorystyczne obowiązki tylko na jedną z wielu oferowanych metod płatności, m.in. mechanizm opt-in, doręczenia na trwałym

nośniku, każdorazowe odwołanie do dokonania silnego uwierzytelniania użytkownika obowiązującego na rynku usług płatniczych (które nawet na rynku finansowym jest wyłączone w odniesieniu do mniejszych płatności). Co więcej, zgodnie z art. 6 pkt 12 ustawy o usługach płatniczych transakcje płatnicze przeprowadzane przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zostały już co do zasady wyłączone z regulacji dot. usług płatniczych o ile spełniają unijne limity kwotowe (max. 50 euro za pojedynczą transakcję, 300 euro miesięcznie) - przepisy PKE mogą wprowadzać dualizm regulacyjny w odniesieniu do stosowania limitów usług i podlegania pod nadzór KNF, UKE i UOKiK.

Jak wskazane zostało powyżej, projektowana regulacja dot. usług dodatkowego obciążania rachunku dalece wykracza poza przepisy unijne, przez co niesprawiedliwie różnicuje sytuację dostawców usług komunikacji elektronicznej, jak i podmiotów, które oferują *direct billing* jako jedną z metod umożliwiającą zakup usług, względem działalności jaka jest w tym zakresie prowadzona w innych państwach członkowskich.

Ponadto brak jest podstaw do zastosowania dla uregulowania *direct billing* **analogicznej konstrukcji, jak dla usług o podwyższonej opłacie**, czyli progów kwotowych i automatycznego ograniczenia wartości tych usług do progu 35 zł – w nadmierny sposób ogranicza to możliwość korzystania z *direct billing*. IAB Polska zwraca również uwagę na **wątpliwości co do regulacji PKE w zakresie wymogu uzyskania zgody abonenta** na świadczenie usług dodatkowego obciążania rachunku – **wskazujemy, że EKŁE nie wymaga uzyskania zgody**.

9. Prawa użytkowników końcowych (Dział VII Rozdział 1 projektu ustawy)

Zgodnie z projektowanym art. 252 ust. 1 pkt 2 PKE umowa o świadczenie usług komunikacji elektronicznej zawierana z konsumentem określać ma adres poczty elektronicznej oraz numery telefonu pod którymi abonent może szybko i efektywnie kontaktować się z przedsiębiorcą komunikacji elektronicznej.

Pomimo, iż jednym z powodów ustanowienia nowego aktu regulującego działanie rynku komunikacji elektronicznej jest dynamiczny rozwój tego rodzaju usług i konieczność zapewnienia neutralności technologicznej w zakresie regulacji, projektowana ustawa zdaje się niewystarczająco adresować postęp jaki nastąpił w zakresie gospodarki cyfrowej, zakłada ona m.in. wymaganie wyłącznie tradycyjnych form kontaktu. Wobec rozwoju i zróżnicowania wykorzystywanych na rynku komunikacji elektronicznej form kontaktu, niezrozumiałą jest obowiązek określania takich elementów w umowie o świadczenie usług i wskazania m.in. na konieczność posiadania kilku linii obsługowych (przepis wskazuje na „numery telefonu”). W związku z dużą konkurencyjnością w zakresie usług komunikacji elektronicznej, w celu zapewnienia klientom odpowiedniego poziomu zadowolenia z wykorzystywanych usług, a co za tym idzie w celu utrzymania klienta, jednym z podstawowych priorytetów samych przedsiębiorców jest umożliwienie sprawnego kontaktu. Sektor usług komunikacji elektronicznej już dzisiaj wykorzystuje różne formy kontaktu poza numerem telefonicznym czy adresem poczty elektronicznej, aby zapewnić swoim klientom łatwy oraz efektywny kontakt np. poprzez chat, elektroniczne formularze do kontaktu czy aplikacje mobilne.

IAB zwraca uwagę, że zgodnie z EKŁE (art. 102 ust. 3) wymagane jest podanie danych kontaktowych dostawcy, a więc przepisy unijne nie przewidują zamkniętego katalogu form kontaktu. Z tego względu proponujemy by art. 252 ust. 1 pkt 2 PKE otrzymał brzmienie odpowiadające regulacji EKŁE, a więc odnoszące się ogólnie do danych kontaktowych, za pomocą których abonent może szybko i efektywnie kontaktować się z przedsiębiorcą komunikacji elektronicznej lub ujmujące jako alternatywę inne środki porozumiewania się na odległość, o ile są oferowane przez przedsiębiorcę.

10. Tajemnica komunikacji elektronicznej (Dział VII Rozdział 4 projektu ustawy)

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej nie reguluje tajemnicy komunikacji. W zakresie obowiązku zachowania tajemnicy odnosi się wyłącznie do tajemnicy handlowej i obowiązku jej przestrzegania zgodnie z przepisami prawa krajowego i unijnego.

Postanowienia dotyczące tajemnicy w PKE są w zasadzie powtórzeniem dotychczasowej regulacji Prawa telekomunikacyjnego z zastrzeżeniem, że poufność komunikacji elektronicznej uregulowana w art. 348 i art. 349 projektu PKE odnosi się już nie tylko do usług świadczonych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale także przez dostawców usług łączności interpersonalnej.

10.1. Przetwarzanie danych o użytkownikach – osobach fizycznych

Celem art. 351 ust. 2 PKE (odpowiadającego obecnemu art. 161 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego) jest rozgraniczenie, kiedy w przypadku przetwarzania danych osobowych użytkownika właściwe są przepisy PKE dotyczące przetwarzania informacji objętych tajemnicą telekomunikacyjną, a kiedy przepisy o ochronie danych osobowych (w tym przede wszystkim RODO). Zgodnie z przyjętym rozwiązaniem, objęte regulacją PKE pozostaje przetwarzanie danych wskazanych w art. 351 ust. 1 PKE (informacje chronione tajemnicą telekomunikacyjną) także w zakresie, w jakim dotyczą one osób fizycznych i mogą być kwalifikowane jako dane osobowe w rozumieniu przepisów RODO. Przetwarzanie danych osobowych użytkownika (osoby fizycznej) – innych niż wskazane w art. 351 ust. 1 PKE – odbywa się natomiast na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych, w tym przede wszystkim RODO.

Niemniej w RODO nie upoważniono do wprowadzenia w przepisach krajowych ograniczeń w tym zakresie, polski ustawodawca nie może dyskrejonalnie zawęzić kategorii danych, których przetwarzanie jest dopuszczalne, tak jak to zrobił w projekcie art. 333 ust. 2 PKE. Należy podkreślić, że **sposób sformułowania art. 333 ust. 3 PKE prowadzi do wprowadzenia ograniczenia dalej idącego, niż w dotychczas obowiązującym art. 161 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, w szczególności poprzez enumeratywne wymienienie kategorii danych, które mogą być przetwarzane „w związku ze świadczoną usługą”.**

10.2. Przetwarzanie danych o lokalizacji na potrzeby usług o wartości wzbogaconej

W art. 2 pkt 78 PKE wprowadzono definicję usługi o wartości wzbożonej, poprzez którą należy rozumieć: „każdą usługę komunikacji elektronicznej wymagającą przetworzenia danych o lokalizacji”. Z kolei, w art. 354 ust. 4 PKE wskazano, że dane o lokalizacji mogą być przetwarzane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzbożonej.

Przepis art. 354 ust. 4 PKE wzorowany jest na obecnie obowiązującym art. 166 Prawa telekomunikacyjnego, który z kolei stanowi implementację art. 9 dyrektywy 2002/58/WE. Ta ostatnia regulacja ma zostać uchylona z chwilą przyjęcia Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylające dyrektywę 2002/58/WE (tzw. rozporządzenie o e-Prywatności, projekt z dnia 10 stycznia 2017 r.; COM(2017)). Należy w związku z tym podkreślić, że **w obecnie procedowanym projekcie Rozporządzenia o e-Prywatności brak jest odwołania do usług o wartości wzbożonej, w szczególności dopuszczalności przetwarzania danych o lokalizacji nie uzależnia się od tego, aby przetwarzane było dokonywane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzbożonej.** Projektodawca europejski za wystarczającą gwarancję ochrony interesów użytkownika uznał bowiem - w sytuacji, gdy dane nie są zanonimizowane - obowiązek pozyskania zgody użytkownika.

W związku z powyższym, proponowany przepis art. 354 ust. 4 PKE, jako niezgodny z projektem Rozporządzenia o e-Prywatności, należy usunąć.

10.3. Zgłaszanie naruszeń danych osobowych

Zgodnie z treścią art. 95 RODO, przepisy Rozporządzenia „*nie nakładają dodatkowych obowiązków na osoby fizyczne ani prawne co do przetwarzania w związku ze świadczeniem ogólnodostępnych usług łączności elektronicznej w publicznych sieciach łączności w Unii w sprawach, w których podmioty te podlegają szczegółowym obowiązkom mającym ten sam cel określonym w dyrektywie 2002/58/WE*”. Celem wprowadzenia wyżej wymienionego przepisu było uniknięcie ponoszenia niepotrzebnych kosztów przez administratorów danych, będących równocześnie dostawcami usług komunikacji elektronicznej. W wydanej przez Europejską Radę Ochrony Danych Opinii nr 5/2019, podaje się w związku z tym przykład „dublowania się” obowiązku powiadomienia o naruszeniu ochrony danych ustanowionego w przepisach RODO, jak i przepisach sektorowych, stanowiących implementację dyrektywy 2002/58/WE. **Europejska Rada Ochrony Danych postuluje w związku z tym, aby dostawcy usług komunikacji elektronicznej, mieli tylko obowiązek dokonywania zgłoszeń na podstawie przepisów sektorowych i nie musieli go wykonywać również na podstawie przepisów RODO (art. 33 RODO).**

Uwzględniając powyższe, **IAB Polska rekomenduje, aby w art. 364 PKE znalazło się stwierdzenie, że w zakresie realizowanego na jego podstawie obowiązku zgłoszenia naruszenia, nie było konieczności wykonania, dodatkowego, obowiązku określonego w art. 33 i in. RODO.**

Ponadto, niezależnie od powyższych wątpliwości, wydaje się, że obowiązki wynikające z przepisów art. 354-355 oraz art. 363-367 PKE powinny zostać usunięte, ponieważ regulują one kwestie, które są już uregulowane w RODO, ustawie o ochronie danych osobowych i rozporządzeniu 611/2013. Ewentualnie, przepisy w tym zakresie powinny zostać zastąpione odesłaniem do odpowiedniego stosowania przepisów RODO w zakresie obowiązków zapewnienia bezpieczeństwa, zgłaszania i dokumentowania naruszeń. Wymogi RODO zawierają w sobie wszystkie niezbędne wymogi dyrektywy o e-Prywatności. Nie jest wskazane utrzymywanie dwóch równoległych regulacji w tym obszarze.

IAB Polska proponuje również, żeby art. 411 ust. 2 PKE nie odsyłał do przepisów art. 409, ani art. 410 PKE, ale do przepisów o ochronie danych osobowych. Byłoby to spójniejsze i prostsze do stosowania zarówno dla Prezesa UODO, jak i dla przedsiębiorców, których Prezes UODO może kontrolować. Obawiamy się sytuacji, w której niektóre postępowania (i decyzje o karze) będą prowadzone zarówno w trybie RODO i ustawy o ochronie danych osobowych, jak i PKE. Problemu tego można uniknąć choćby poprzez zmianę zapisu art. 411 ust. 2 PKE i odniesienie że do kar nakładanych na podstawie ust. 1 stosuje się odpowiednio przepisy o nakładaniu kar za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych.

10.4. Komunikacja marketingowa

Na wstępie warto rozważyć, **czy kwestie marketingu bezpośredniego i informacji handlowej powinny być w ogóle regulowane przez przepisy PKE i jakie stoi za tym uzasadnienie.** Zgodnie bowiem z EKŁE, przepisy wdrażające dyrektywę powinny obejmować informacje o możliwościach kontaktu z klientami, poprzez przekazywanie informacji o najlepszych ofertach. Tym samym powstałby katalog działań, który nie budziłby wątpliwości prawnych, a regulujący: czas, formę i zakres takiej komunikacji, jednocześnie niwelując ryzyko nadmiernej i niezamówionej komunikacji marketingowej. Z kolei ograniczenia związane z komunikacją marketingową powinny zostać uregulowane w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

W tym kontekście wskazać należy, że już w chwili obecnej, wobec braku definicji marketingu bezpośredniego w polskim systemie prawnym, **interpretacja art. 172 Prawa telekomunikacyjnego pod tym kątem budzi wątpliwości, dlatego przedsiębiorcy, ze względu na ryzyko regulacyjne uznania prowadzonego działania za marketing bezpośredni, rezygnują z takiej aktywności.**

Nie ulega wątpliwości, że założenia mające chronić użytkowników przed spamem muszą być jasne i klarowne - działa to na korzyść zarówno odbiorcy wiadomości marketingowych jak i przedsiębiorcy. Jednak proponowane brzmienie art. 360 PKE, mimo usunięcia specyficznej zależności między PrTel a uśude, nadal nie jest przejrzyste. Należałoby się również zastanowić czy z punktu widzenia oczywistej konieczności korzystania z rozwiązań elektronicznych przez przedsiębiorców, nie należałoby przyjąć bardziej elastycznego podejścia do marketingu prowadzonego poprzez adresy e-mail nieprzypisane do konkretnej osoby fizycznej.

W tym kontekście należy mieć na uwadze, że o ile przepis art. 360 PKE wprowadza obowiązek pozyskania zgody na marketing/przesyłanie informacji handlowej w każdym przypadku, to w prawie UE (art. 13 ust. 2 Dyrektywy nr 2002/58/WE o e-Prywatności) przyjmuję się, że marketing własnych, podobnych do już świadczonych usług lub produktów wobec swoich klientów, może być wykonywany w oparciu o konstrukcję opt-out

Ponadto regulowanie niezamówionej informacji handlowej w PKE jest nieadekwatne również z punktu widzenia spójności systemu prawa mając na uwadze, że ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, która **wprowadza to pojęcie** wskazuje w art. 3 ust. 3 że: *Przepisów ustawy nie stosuje się do: 3) świadczenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego usług telekomunikacyjnych, z wyłączeniem art. 12-15.*

Niezależnie od powyższych uwag IAB Polska zwraca uwagę, że wobec pozostawienia wymogu uzyskania zgody w stosunku do wszystkich "telekomunikacyjnych urządzeń końcowych" w art. 360 PKE, należy rozważyć czy analogicznie do adresu e-mail nie traktować również innych kanałów komunikacji udostępnionych w celu uzyskania informacji handlowej/marketingowej.

10.5 Pozyskiwanie informacji z urządzeń końcowych (art. 361 PKE)

Na wstępie pragniemy wyrazić zaniepokojenie faktem, że mimo dwukrotnego sygnalizowania Ministerstwu przez IAB Polska (tj. stanowiskiem ws. art. 344 PKE z dnia 11 maja br. oraz stanowiskiem z dnia 28 maja br.) o poważnych i negatywnych konsekwencjach dla całego polskiego Internetu, wynikających z braku odpowiedniego wyłączenia w art. 344 projektu PKE w wersji z 6 marca br., dotyczącego pozyskiwania informacji z urządzeń końcowych w przypadku świadczenia usług drogą elektroniczną – w nowym projekcie PKE z 29 lipca br., (art. 361), błąd ten nie tylko nie został poprawiony, lecz zaproponowano jeszcze bardziej ograniczającą treść przepisu, poprzez dodatkowe usunięcia odniesienia do usług komunikacji elektronicznej. Jak już wskazywano wcześniej brak stosownego wyłączenia będzie skutkować tym, że usługi świadczone w Polsce drogą elektroniczną będą funkcjonowały w wadliwym środowisku prawnym, w skrajnym scenariuszu uniemożliwiając normalne korzystanie z usług lub poważnie ograniczając funkcjonalności oferowanych usług i rozwiązań.

Biorąc pod uwagę potencjalny negatywny wpływ projektowanego przepisu z art. 361 PKE na polski rynek usług świadczonych drogą elektroniczną, pragniemy ponownie go naświetlić i podać przykłady, które pozwolą lepiej zrozumieć skutek projektowanych zmian.

Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej celem autorów projektu nie było wprowadzanie zasadniczych zmian w stosunku do obowiązującego stanu prawnego w obszarze dotyczącym tzw. „cookies”. Niemniej jednak porównanie obowiązujących (ustawa – Prawo telekomunikacyjne) i projektowanych (projekt ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej) przepisów ujawnia istotną, nieuzasadnioną i bardzo szkodliwą zmianę, która wydaje się być zmianą niezamierzoną w świetle uzasadnienia do projektu PKE z 29 lipca, zawierającego informację o dwóch włączeniach: „jeżeli przechowywanie lub uzyskanie informacji jest niezbędne do świadczenia transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej lub

świadczenia usług komunikacji elektronicznej.” Natomiast sam art. 361 PKE odnosi się jedynie do pierwszego ze wskazanych wyżej warunków i nadal nie obejmuje usług świadczonych drogą elektroniczną, co było wprost wskazane w art. 173 ust. 3 pkt. 2) Pr. Tel. , jak również usług komunikacji elektronicznej mimo że są one wskazane w Uzasadnieniu do projektu z 29 lipca i objęte art. 173 ust. 3 Pr. Tel. (zgodnie z dotychczas stosowaną terminologią - jako usługi telekomunikacyjne).

Zarówno obowiązująca ustawa - Prawo telekomunikacyjne, jak i projektowana ustawa – Prawo komunikacji elektronicznej przyjmują jako zasadę, że przechowywanie informacji lub uzyskiwanie dostępu do informacji już przechowywanej w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika końcowego (co jest realizowane przede wszystkim z wykorzystaniem tzw. plików „cookie”) jest dozwolone, pod warunkiem, że użytkownik otrzyma niezbędne informacje i wyrazi zgodę (art. 173 ust. 1 PT oraz art. 361 ust. 1 PKE). Od powyższej zasady przewidziane są wyjątki, w których nie jest wymagana zgoda użytkownika końcowego poprzedzona obowiązkiem informacyjnym, a wyjątki te dotyczą sytuacji, w których konkretne „cookie” są niezbędne do wykonania usługi, a więc dotyczy takich „cookie” bez których usługa nie będzie działać w ogóle, albo będzie działać nieprawidłowo. Powyższa zasada, jak i wyjątek od niej są bezpośrednią implementacją do krajowego porządku prawnego art. 5 ust. 3 obowiązującej dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy e-Prywatności), która stanowi (podkreślenie własne):

*Państwa członkowskie zapewniają, aby przechowywanie informacji lub uzyskanie dostępu do informacji już przechowywanych w urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika było dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że dany abonent lub użytkownik wyraził zgodę zgodnie z dyrektywą 95/46/WE po otrzymaniu jasnych i wyczerpujących informacji, między innymi o celach przetwarzania. **Nie stanowi to przeszkody dla każdego technicznego przechowywania danych ani dostępu do nich jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, lub gdy jest to ściśle niezbędne w celu świadczenia usługi przez dostawcę usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika.***

Do wyjątku niewymagającego zgody Użytkownika usług odnosi się także Opinia Grupy Roboczej Artykułu 29nr 04/2012 na temat Wyjątków od pozyskiwania zgody na Cookie z dnia 7.06.2012 r. (00879/12/EN WP194), która prezentuje rodzaje „cookies niezbędnych do świadczenia usług drogą elektroniczną”, kryteria wyróżniania tychże technicznie niezbędnych „cookies”, ilustrując problematykę przykładami.

Obecnie obowiązujący art. 173 ust. 3 Pr.Tel. prawidłowo transponuje do krajowego porządku prawnego powyższy wyjątek, stanowiąc, że wymogów związanych z obowiązkiem informacyjnym i obowiązkiem uzyskania zgody nie stosuje się jeżeli przechowywanie lub uzyskanie dostępu do informacji jest konieczne do:

- 1) *wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej;*

2) dostarczania usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego.

Wyjaśnić należy, że „usługa społeczeństwa informacyjnego”, o której mowa w art. 5 ust. 3 dyrektywy e-Prywatności to „usługa świadczona drogą elektroniczną”, o której mowa w art. 173 ust. 3 pkt 2) Pr.Tel.. Dzięki takiemu rozwiązaniu na chwilę obecną nie ma obowiązku odbierania zgody użytkownika końcowego na „cookies”, które są konieczne do wykonania usługi świadczonej drogą elektroniczną, co jest w pełni zrozumiałe i uzasadnione biorąc pod uwagę, że chodzi tu o „cookies” bez których żądana przez użytkownika usługa nie będzie działała albo nie będzie działała poprawnie.

Projektowana ustawa – Prawo komunikacji elektronicznej w brzmieniu z dnia 6 marca 2020 r. w założeniu zawierała to samo wyłączenie, przy czym brzmienie przepisu powodowało, że zakres tego wyłączenia był diametralnie inny od obowiązującego obecnie. Zgodnie bowiem z art. 344 ust. 3 poprzedniego projektu PKE wymogów związanych z obowiązkiem informacyjnym i obowiązkiem uzyskania zgody nie stosuje się jeżeli przechowywanie lub uzyskanie dostępu do informacji jest konieczne do:

- 1) *wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej;*
- 2) dostarczania usługi komunikacji elektronicznej, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego.

Z kolei projekt ustawy Prawo komunikacji elektronicznej w wersji z 29 lipca 2020 r. wprowadził jeszcze większe ograniczenia w stosunku do obowiązujących obecnie przepisów poprzez brzmienie:

Warunków, o których mowa w ust. 1, nie stosuje się, jeżeli przechowywanie lub uzyskanie dostępu do informacji, o której mowa w ust. 1, jest konieczne do wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej

W tym miejscu należy podkreślić, że przyjęta w projektowanej ustawie – Prawo komunikacji elektronicznej siatka pojęciowa jednoznacznie wskazuje, że w pojęciu „usługi komunikacji elektronicznej” nie mieszczą się „usługi świadczone drogą elektroniczną”. W efekcie przepis w tym kształcie powodowałby, że niezgodnie z dyrektywą o e-Prywatności i niezgodnie ze wszystkimi mechanizmami rynkowymi, wykorzystanie plików „cookies”, mających charakter niezbędny do świadczenia usług drogą elektroniczną, zostałyby obwarowane nie tylko obowiązkiem informacyjnym ale przede wszystkim obowiązkiem uzyskania zgody użytkownika. Biorąc pod uwagę, że w tym przypadku chodzi o „cookies”, które są konieczne do dostarczenia użytkownikowi żądanej przez niego usługi świadczonej drogą elektroniczną, stawianie wymogu uzyskania odrębnej zgody na takie „cookies” nie ma żadnego uzasadnienia i stanowi potencjał do poważnego zaburzenia tego, jak funkcjonuje „polska” część Internetu. Należy bowiem pamiętać, że wymóg uzyskania zgody jest immanentnie związany z możliwością niewyrażania takiej zgody przez użytkownika, co w przypadku „cookies” niezbędnych do dostarczenia usługi będzie powodowało, że usługa nie zadziała w ogóle albo zadziała nieprawidłowo. Mając na uwadze powyższe tym bardziej **niezrozumiałe jest brzmienie projektowanego art. 361 PKE w brzmieniu z dnia 29 lipca 2020 r., gdzie pozostawiono wyjątek ograniczony jedynie do**

sytuacji, gdzie uzyskanie dostępu do informacji jest konieczne do wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Nie jest jasne, dlaczego w ostatniej wersji projektu zostało dodatkowo pominięte odniesienie do usług komunikacji elektronicznej, mimo że z Uzasadnienia do projektu wynika, iż ustawodawca zamierzał je uwzględnić. Błąd ten ewidentnie wymaga korekty, w przeciwnym razie przepisy spowodują trudności i ograniczenia w świadczeniu usług komunikacji elektronicznej.

Odnosząc się do wątku usług świadczonych drogą elektroniczną, poniżej przedstawiamy przykładową listę problemów ze świadczeniem i korzystaniem z tych usług (a więc usług i treści dostępnych w Internecie) jeśli usługa miałaby być wykonana bez „cookies”, które są niezbędne do jej wykonania (a więc w sytuacji, gdyby użytkownik końcowy, żądający i oczekujący usługi, nie wyraziłby zgody na cookies niezbędne do wykonania usługi). W takiej sytuacji bez odpowiednich „cookies”:

- **nie da się prawidłowo zrealizować w zasadzie jakichkolwiek usług, które wymagają zalogowania się do usługi, gdyż cookie tej kategorii służą do cyklicznego weryfikowania, czy użytkownik ma uprawnienia do korzystania z określonych usług;**
- niemożliwie będzie odtwarzanie materiałów wideo na stronach internetowych (np. w serwisach VOD), gdyż cookie tej kategorii służą do cyklicznego weryfikowania, czy użytkownik ma uprawnienia do oglądania czy korzystania z określonego materiału;
- pod znakiem zapytania stanie dotychczasowy model, w którym dostawca usługi (np. serwis VOD) rozlicza się z dostawcą treści (np. podmiotem mającym prawa autorskie do określonego katalogu filmów albo z organizacją zbiorowego zarządzania prawami autorskimi) w oparciu o liczbę wyświetleń danego filmu, a do tego celu (tj. zliczania liczby wyświetleń) wykorzystywane są „cookie” zaliczane do kategorii niezbędnych do wykonania usługi;
- poczta elektroniczna nie będzie poprawnie funkcjonować, m.in. przed otwarciem każdej wiadomości, przejściem do innego folderu w ramach poczty elektronicznej, a nawet przed otwarciem, wysłaniem czy usunięciem wiadomości Użytkownik będzie pytany o wyrażenie zgody na techniczne wykonanie usługi drogą elektroniczną („cookies techniczne”) – problem ten pojawi się de facto w każdej usłudze oferującej „przejście” do określonych funkcjonalności, folderów, zakładek, formularzy;
- nie będą działały technologie bezpieczeństwa oparte na „cookie”;
- nie będą działały funkcje związane z zapamiętywaniem dotychczasowych ustawień i preferencji związanych z danymi wpisywanymi do formularzy (np. logowanie do serwisu), a więc przy każdym wejściu użytkownik będzie musiał na nowo wprowadzać wszystkie niezbędne do zalogowania dane;
- nie będzie działała funkcjonalność dodania produktu do koszyka, gdyż to właśnie w „cookies” zapisywana jest informacja o produktach dodanych przez użytkownika do koszyka;

- użytkownik nie będzie miał możliwości wprowadzenia i zapamiętania własnych ustawień w ramach standardu WCAG (kontrast, wielkość fontu) więc każdorazowo przy wejściu serwis będzie wyświetlany w ustawieniach domyślnych, co oznacza, że użytkownik każdorazowo będzie musiał na nowo konfigurować te ustawienia.

Powyższa lista ma charakter jedynie przykładowy, a przykłady takie można mnożyć, niemniej jednak obrazuje fakt, że nie ma żadnego uzasadnienia – prawnego czy ekonomicznego – do obwarowania możliwości stosowania „cookies” koniecznych do wykonania usługi warunkiem uzyskania zgody użytkownika końcowego. Równie dobrze można by wymagać zgody użytkownika końcowego na świadczenie usługi z wykorzystaniem po stronie dostawcy usługi serwerów o określonych parametrach technicznych.

Niezależnie od powyższej argumentacji, należy zwrócić uwagę, że brak przedmiotowego wyłączenia w art. 361 ust. 3 projektu PKE dla usług świadczonych drogą elektroniczną niesie ze sobą również konsekwencje w postaci **ryzyka utraty wystarczającej ochrony użytkowników w Internecie**.

Rozwiązania antyfraudowe są podstawowym sposobem ochrony użytkowników w Internecie. Sposobem, w który jest realizowane dzisiaj zabezpieczenie antyfraudowe polega na profilowaniu użytkownika na podstawie jego fingerprintu i własności urządzenia oraz zapisywania cookies z unikalnymi danymi na urządzeniu końcowym klienta, które posiada użytkownik. Istotą działań antyfraudowych jest fakt, że muszą być ukryte przed atakującymi.

Ujawnienie i opisanie mechanizmów (które muszą być zmienne w czasie ze względu na zmienną naturę ataków fraudowych) działa na niekorzyść użytkowników platform Internetowych. Firmy muszą profilować zachowania "typowe" dla danego użytkownika i wykrywać anomalie (np. niespotykane fingerprint, zupełnie nowe urządzenie połączone z nietypową aktywnością na stronie) i w ten sposób chronić konta prawdziwych użytkowników. Nie będzie to możliwe, jeżeli atakujący uzyskają prawne możliwości zablokowania takich działań (np. usunięcie danych, lub odmowa na działanie tych mechanizmów), gdyż mechanizmy antyfraudowe są niezbędną częścią funkcjonalności serwisu. Naszym zdaniem, pod rządami nowej ustawy PKE takie ryzyko powstanie.

Do prawidłowego funkcjonowania mechanizmów antyfraudowych konieczna jest:

- 1) Jak najszersza wiedza o urządzeniu końcowym użytkownika - celem wykrywania anomalii wobec jego typowych zachowań i ewentualnego blokowania ich;
- 2) Mechanizmy te są zmienne w czasie - ponieważ atakujący zmieniają taktyki i jeżeli mechanizm obronny będzie jawny, stawia to serwisy w pozycji słabszej wobec atakujących;
- 3) Mechanizmy antyfraudowe są niezbędną częścią funkcjonowania takich serwisów - ponieważ atak na jeden serwis może przenieść się na pozostałe (wykradzenie danych z jednego serwisu szkodzi innym np. uzyskanie dostępu do danych pozwalających zresetować hasło na innym urządzeniu);

4) Mechanizmy antyfraudowe działają w dużej części w oparciu o algorytmy machine learning i podobne, co wymaga zastosowania dużych ilości danych, ponieważ muszą "uczyć się" budować profil "typowy" dla użytkownika, a więc zablokowanie wykorzystywania tych danych spowoduje, że mechanizmy będą słabsze (lub nie będą mogły się uczyć), co pozwoli w dłuższym czasie atakującym uzyskać przewagę.

Podsumowując, pragniemy podkreślić, iż pozostawienie przepisu z art. 361 ust. 3 PKE w obecnym brzmieniu spowodowałoby znaczące komplikacje nie tylko dla przedsiębiorców świadczących usługi drogą elektroniczną i usługi komunikacji elektronicznej, lecz także, co zostało wykazane powyżej, dla całej rzeszy użytkowników tych usług.

Biorąc powyższe pod uwagę zwracamy uwagę na konieczność nadania art. 361 ust. 3 PKE następującego brzmienia:

3. Warunków, o których mowa w ust. 1, nie stosuje się, jeżeli przechowywanie lub uzyskanie dostępu do informacji, o której mowa w ust. 1, jest konieczne do:

1) wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej;

2) dostarczania usługi komunikacji elektronicznej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego.

11. Przepisy karne i kary pieniężne (Dział IX)

W zakresie samej struktury przepisów oraz zakresu potencjalnych czynów podlegających przepisom karnym i karom pieniężnym projekt PKE stanowi co do zasady powielanie Prawa telekomunikacyjnego z kilkoma zmianami.

W porównaniu bowiem do obecnych regulacji Prawa telekomunikacyjnego, nowy katalog z art. 409 PKE **został znacząco rozszerzony - projekt przewiduje 80 rodzajów naruszeń, za które nakładane będą kary**. Należy tutaj zaznaczyć, że to - jak dotąd - rzadko spotykany przypadek legislacyjny tak długiej listy penalizowanych zachowań. Uwadze nie powinno umknąć również to, że ta osobliwość nie znajduje żadnego poparcia, czy wyjaśnienia w uzasadnieniu do projektu PKE i tym samym przyjęcie takiego rozwiązania nie jest zrozumiałe. Ponadto, równie **niezrozumiałe jest, dlaczego Prezes UKE jest zobowiązany nakładać kary pieniężne wyszczególnione w art. 409 PKE, a nie jest to kompetencja fakultatywna, jak w przypadku Prezesa UOKiK.**

Z przeprowadzonej analizy wynika, że projektodawca przygotował listę kar poprzez wyszczególnienie obowiązków wynikających z kolejnych przepisów projektu i za naruszenie każdego z nich nałożył sankcję w postaci kary pieniężnej. **Wydaje się, że kary te powinna cechować jednak dodatkowa kwalifikacja – np.: przemawiający za jej nałożeniem charakter lub zakres naruszenia.**

IAB Polska sugeruje zatem, aby zweryfikować zasadność obecnego brzmienia przepisu i wynikającego z niego obowiązku obligatoryjnego nakładania kar, z mocy ustawy, bez uprzedniej i dodatkowej weryfikacji przez Prezesa UKE czy przedmiotowe naruszenie faktycznie tego wymaga.

Idąc dalej, warto zwrócić uwagę na zmiany, jakie proponuje PKE w zakresie art. 408 (obecnie art. 208 Prawa telekomunikacyjnego) dotyczącego używania urządzenia radiowego bez pozwolenia. W porównaniu do sankcji przewidzianych w dotychczas obowiązującej ustawie Prawo telekomunikacyjne, tj. kary grzywny w wysokości do 1000 złotych, projektowana ustawa przewiduje surowszą karę grzywny wynoszącą do 5000 złotych, co ma jak sądzimy wzmocnić charakter odstrasżający przepisu. Nowością w zakresie wskazanego przepisu jest ust. 2, który penalizuje uniemożliwianie dostępu do materiałów, dokumentów oraz innych danych niezbędnych do przeprowadzenia kontroli.

12. Uwagi do ustawy wprowadzającej - Prawo komunikacji elektronicznej

Całkowicie niezrozumiałym dla branży oraz IAB Polska jest fakt, że w ustawie wprowadzającej ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej dodano zapisy zupełnie niezwiązane z koniecznością implementacji EKŁE oraz ingerujące w materię wykraczającą poza zagadnienia związane z komunikacją elektroniczną. Przede wszystkim pragniemy zwrócić uwagę na art.10 ust. 3) tej ustawy, który przewiduje zmianę w art. 36 ust. 3 ustawy dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (dalej: „urit”). Przedmiotowa zmiana zakłada możliwość wydania koncesji na rozpowszechnianie w sposób rozsiewczy naziemny programu radiowego lub telewizyjnego na okres krótszy niż 10 lat. W uzasadnieniu do tego rozwiązania wskazano bardzo ogólnie, że okres trwania koncesji „powinien być elastyczny, umożliwiający dostosowanie okresu na jaki wydana będzie koncesja do udzielanych rezerwacji częstotliwości oraz przykładowo innych koncesji wydanych wcześniej”. Pośrednio może świadczyć to o woli projektodawcy sformułowania przepisu w taki sposób, aby możliwe było udzielenie koncesji na dowolnie krótki okres poniżej 10 lat, w skrajnym przypadku może on wynieść zaledwie kilka miesięcy - co jest bardzo problematyczne z punktu widzenia podstawowych zasad wynikających z Konstytucji RP oraz gwarancji ochrony przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w dziedzinie radiofonii i telewizji. **Takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z zamysłem obecnej regulacji dającej bezpieczeństwo prawne dla wnioskującego podmiotu poprzez gwarancję, że taka koncesja przyznawana jest na 10 lat, co w sposób oczywisty wspiera stabilność działalności medialnej, umożliwia racjonalne planowanie i rozwój oferty audiowizualnej oferowanej widzom, pozwala na rozsądne ułożenie perspektywy zwrotu nakładów, a także budowanie biblioteki kontentu, która jest obecnie jednym z najwartościowszych aktywów nadawców.**

Niezależnie od braku związku proponowanego przepisu z wdrożeniem EKŁE, należy wskazać, że potrzeba zmiany okresu na jaki przyznawana jest koncesja, nie jest również sygnalizowana przez uczestników rynku, ani też odbiorców.

Proponowana zmiana, poprzez nowelizację art. 36 ust. 3 urit, przyznaje regulatorowi dyskrejonalną możliwość skrócenia czasu udzielania koncesji nadawczej, co z kolei może w sposób znaczący zaburzyć nie tylko przewidywalność działalności nadawczej, ale także uniemożliwić działania inwestycyjne nadawców oraz **potencjalnie dopuszcza możliwość nierównego traktowaniem nadawców**. Nie może umknąć uwadze, że brak przesłanki ważnego interesu publicznego do wprowadzenia takiego uznaniowego ograniczenia działalności nadawczej stoi jawnie w sprzeczności z konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej. Przedstawione przez ustawodawcę ogólnikowe uzasadnienie do proponowanej zmiany nie uwzględnia skali oraz negatywnego wpływu tej zmiany na rynek nadawców oraz na odbiorców usług audiowizualnych. Dziwi również fakt, że skutki tak istotnej proponowanej zmiany nie zostały uwzględnione w OSR.

W związku z powyższym IAB Polska rekomenduje niedokonywanie zmian w art. 36 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji. Wskazana zmiana jest nieuzasadniona merytorycznie oraz błędna co do sztuki legislacyjnej z następujących powodów:

1) W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nadawcy radiowi i telewizyjni mają w społeczeństwie do spełnienia szczególnie ważną rolę. Są oni zobowiązani do zapewnienia obywatelom dostępu do informacji, zagwarantowanego m.in. w art. 61 Konstytucji RP. Przepis art. 1 Prawa prasowego również potwierdza, że media urzeczywistniają prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Dla prawidłowej realizacji tego społecznego obowiązku, nadawcy mają ustawowo zagwarantowaną wolność wypowiedzi (art. 14 Konstytucji i art. 1 Prawa prasowego), a ponadto organy państwowe mają stwarzać prasie warunki niezbędne do wykonywania jej funkcji i zadań (art. 2 Prawa prasowego).

Z drugiej strony, nadawcy (jako przedsiębiorcy), prowadzą działalność gospodarczą chronioną m.in. na podstawie art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz art. 2 ustawy Prawo przedsiębiorców.

Prawidłowa realizacja przez nadawców wskazanych wyżej obowiązków ustawowych wymaga więc zagwarantowania im stabilnej pozycji gospodarczej i ekonomicznej. Tę gwarancję zapewnia dotąd prawidłowo ustawa o radiofonii i telewizji, na podstawie której Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji udziela koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, których długość wynosi 10 lat.

2) Niezależnie od tego, że od chwili uchwalenia ustawy o radiofonii i telewizji zmieniła się treść normy określającej długość okresu, na który może zostać udzielona koncesja, to jednak uwarunkowania gospodarcze, ekonomiczne, techniczne i programowe skłaniały Krajową Radę Radiofonii i Telewizji do udzielania koncesji na maksymalny okres. Potwierdzały to bowiem **analizy i symulacje ekonomiczne wskazujące okresy czasu gwarantujące stabilne warunki prowadzenia działalności przez nadawców szczególnie telewizyjnych**, których koszty są bardzo wysokie. Należy mieć bowiem na uwadze, że

zapewnienie odpowiedniej oferty programowej wiąże się ze znacznymi wydatkami (np. bieżące produkowanie utworów audiowizualnych, sukcesywne pozyskiwanie praw autorskich do filmów fabularnych oraz przekazów z międzynarodowych imprez sportowych np. olimpiad, mistrzostw świata). Nadawca telewizyjny musi ponadto dysponować obecnie wysokiej klasy sprzętem zapewniającym realizację i transmisję poszczególnych audycji w systemie cyfrowym, dostęp do stacji satelitarnej oraz wysoko wykwalifikowanym personelem umożliwiającym obsługę skomplikowanych urządzeń.

Mając na uwadze wskazane wyżej uwarunkowania, polski ustawodawca – kilkanaście lat temu – uznał za konieczną zmianę treści art. 36 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji, gwarantując w nim, że „Koncesja jest udzielana na 10 lat”. Takie rozwiązanie realizowało bowiem w sposób optymalny ustawowe uwarunkowania odnoszące się rozpowszechniania programów, uwzględniające m.in. konstytucyjne obowiązki nadawców.

3) Koncesja jest jednym z najważniejszych aktów administracyjnych umożliwiających prowadzenie działalności w zakresie radiofonii i telewizji, który ma wymierną wartość gospodarczą. Działalność w dziedzinie radiofonii i telewizji jest przedsięwzięciem kapitałochłonnym, a okres obowiązywania koncesji ma podstawowe znaczenie dla określenia horyzontu inwestycyjnego, w którym można oczekiwać zwrotu kapitału i osiągnięcia zysku. Brak jednoznaczności czasu utrudnia zarówno podejmowanie, jak też prowadzenie działalności gospodarczej. W szczególności na etapie przygotowywania biznes planu konieczne jest określenie przyszłej wartości koniecznych nakładów finansowych i rzeczowych, to zaś nie jest możliwe, kiedy podstawowy parametr jakim jest czas koncesji pozostaje niejednoznaczny.

Media znajdują się w centrum cyfrowej konwergencji, która charakteryzuje się dynamicznym postępowaniem technologicznym oraz rozwojem nowych rynków i sposobów korzystania z mediów. Konwergencja z jednej strony wymusza znaczące nakłady inwestycyjne na produkcję i post produkcję oraz nowoczesne techniki realizacyjne, z drugiej w wyniku rozwoju nowych technik odbioru (w tym mobilnego) skłania przedsiębiorców mediowych do rozpowszechniania w wielu formatach. Zmiany te generują znaczące nakłady, których zwrot wymaga czasu. W tym kontekście czas obowiązywania koncesji ma istotne znaczenie gospodarcze, nie tylko dla realizacji przedsięwzięć inwestycyjnych, ale też dla wprowadzania innowacji technicznych i rynkowych. Dodatkowym elementem jest silna konkurencja zarówno o charakterze intramedialnym (między mediami tego samego rodzaju), jak też intermedialna (ze strony innych mediów), także rywalizujących o czas i uwagę odbiorców oraz zasoby reklamowe. Pewność inwestowania i prowadzenia działalności ma tu znaczenie podstawowe.

Działalność radiowo-telewizyjna charakteryzuje się wydłużonym okresem zwrotu nakładów. Przy podejmowaniu produkcji programów dopiero długotrwała emisja umożliwia zwrot poniesionych nakładów. Dla tego rodzaju decyzji pewność czasu prowadzenia i kontynuowania działalności ma znaczenie podstawowe. Istotnym elementem zawartości

oferowanej przez firmy mediowe są licencje, w tym zakup praw do gotowej produkcji (filmów, seriali, formatów i innych form). W kontraktach licencyjnych, także niezbędnym elementem przy podejmowaniu decyzji jest czas obowiązywania licencji, który dla nabywcy ściśle wiąże się z czasem obowiązywania koncesji.

Niektóre przedsiębiorstwa medialne zakupują prawa do szczególnych przedsięwzięć np. rozgrywek sportowych, olimpiad, wielkich wydarzeń i to zarówno o charakterze jednorazowym jak też cyklicznym. Pewność czasu koncesji ma tu znaczenie podstawowe. Prawa licencyjne dla dużych wydarzeń sportowych są zakupywane ze znaczącym wyprzedzeniem czasowym, co oznacza, że w okresie zbliżonym do końca czasu koncesji firmy nie będą mogły swobodnie negocjować praw, ponieważ nie będą miały pewności co do kontynuowania działalności.

Działalność w dziedzinie radiofonii i telewizji ma charakter rynkowy, ponieważ opiera się na interakcji podaży, czyli oferty programowej nadawców oraz popytu, czyli zainteresowania i uwagi odbiorców. W ten sposób naturalnie powstają więzi społeczne, czyli kreuje się pewien krąg stałych lub częstych odbiorców danego medium. Odmowa lub administracyjne skracanie czasu koncesji stanowi potencjalne zagrożenie dla trwałości więzi społecznych łączących nadawcę i odbiorców.

4) Proces rezerwacji częstotliwości jest wynikiem udzielonych koncesji. Nie odwrotnie. Uzależnienie okresu na jaki udzielana jest koncesja od udzielanej (później) rezerwacji częstotliwości jest nieuzasadnione. Tym samym przedmiotowa zmiana jest pozbawiona racjonalnych podstaw.

Przedstawione przez projektodawcę uzasadnienie iż okres trwania koncesji „powinien być elastyczny, umożliwiając dostosowanie okresu na jaki wydana będzie koncesja do udzielanych rezerwacji częstotliwości oraz przykładowo innych koncesji wydanych wcześniej” nie znajduje potwierdzenia w obecnym stanie prawnym i praktyce decyzyjnej KRRiT i Prezesa UKE, a także celach regulacyjnych Unii Europejskiej w zakresie tworzenia ram regulacyjnych dla działalności z zakresu komunikacji elektronicznej. Po pierwsze, zarówno z obecnego stanu prawnego, jak i planowanego brzmienia przepisów PKE wynika, że w przypadku radiofonii analogowej rezerwacja częstotliwości ma charakter wtórny do koncesji i to okres obowiązywania rezerwacji częstotliwości jest dostosowywany do okresu koncesji, a nie na odwrót. Zgodnie z art. 37 ust. 3a zd. pierwsze ustawy o radiofonii i telewizji, Prezes UKE „dokonuje niezwłocznie rezerwacji częstotliwości dla nadawcy, który uzyskał koncesję na rozpowszechnianie programu radiofonicznego w sposób analogowy drogą rozsiewczą naziemną”. Zgodnie z art. 123 ust. 12 prawa telekomunikacyjnego, „rezerwacja częstotliwości na rozpowszechnianie programów radiofonicznych lub telewizyjnych udzielona w celu wykonywania uprawnień wynikających z koncesji na rozpowszechnianie tych programów wygasa w przypadku cofnięcia przez Przewodniczącego KRRiT tej koncesji lub jej wygaśnięcia.” PKE utrzymuje zasadę wtórności rezerwacji częstotliwości w stosunku

do koncesji w art. 97, który powtarza obecne brzmienie art. 123 ust. 12 prawa telekomunikacyjnego. Potwierdza to także uzasadnienie do PKE.

Po drugie, praktyka decyzyjna Prezesa UKE wskazuje, że rezerwacje częstotliwości dla nadawców radiowych są udzielane na okres 10 lat czyli okres równy okresowi obowiązywania koncesji. Zatem nie istnieje potrzeba ani dostosowywania okresu obowiązywania koncesji do rezerwacji częstotliwości, ani na odwrót.

Po trzecie, ponieważ wszystkie koncesje radiowe są udzielane na okres 10 lat, a jednocześnie nie są one od siebie w żaden sposób współzależne, nie ma potrzeby – wbrew temu co mówi uzasadnienie do projektowanego przepisu - dostosowanie okresu na jaki wydana będzie koncesja do „przykładowo innych koncesji wydanych wcześniej”.

Po czwarte, zgodnie z zasadami wyznaczonymi przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej (EKŁE), implementowany przez PKE, państwa członkowskie dążąc do zapewnienia większej stabilności i pewności obrotu prawnego wydłużają okresy obowiązywania rezerwacji częstotliwości. Wyrazem tej zasady jest art. 75 PKE, który stanowi, że rezerwaacja częstotliwości jest udzielana na okres do 15 lat, a więc o 5 lat dłużej niż koncesja, a w przypadku rezerwacji częstotliwości zharmonizowanych na potrzeby systemów szerokopasmowych, rezerwacji częstotliwości dokonuje się na czas nie krótszy niż 15 lat i nie dłuższy niż 20 lat. Z zapisów tych jasno wynika, że tendencja regulacyjna jest zatem dokładnie odwrotna w porównaniu do projektowanego przepisu. Na marginesie warto wskazać, że PKE zawiera wyliczenie ośmiu przesłanek, które UKE musi wziąć pod uwagę wyznaczając okres obowiązywania rezerwacji, w przypadku projektowanego przepisu – jak to zostało wskazane powyżej - KRRiT nie jest związana żadnymi kryteriami.

Ponadto, przyjęta w uzasadnieniu logika wymagałaby przedstawienia przez projektodawcę szczegółowych analiz ekonomicznych, gospodarczych i technicznych w tym zakresie, które potwierdzałyby, że w ostatnich latach zmianie uległy uwarunkowania rynkowe, których źródłem jest obecnie obowiązująca treść przepisu. Z dokumentów przedstawionych do konsultacji publicznych nie wynika jednak, aby jakiegokolwiek badania w tym zakresie zostały przeprowadzone.

Kierując się wskazanym wyżej, bardzo ogólnym uzasadnieniem projektodawcy, należałoby odnieść szczegółowe analizy do różnych rodzajów wydawanych koncesji. Nie budzi bowiem wątpliwości, że koszty działalności gospodarczej różnych nadawców (np. radiowych i telewizyjnych) istotnie różnią się między sobą. To samo dotyczy rozpowszechniania programów w sposób rozsiewczy naziemny i satelitarny oraz przewodowy. Gdyby dopiero z przedmiotowych analiz wynikało konkretne zróżnicowanie kosztów prowadzenia tego typu działalności gospodarczej – mając na uwadze powołane wcześniej uwarunkowania wynikające z Konstytucji RP oraz innych ustaw – można byłoby rozważyć długość okresu koncesji dostosowaną do rodzaju rozpowszechnianego programu; w każdym przypadku

konieczne byłoby jednak określenie minimalnego okresu, na który mogłaby zostać udzielona koncesja. Ten minimalny okres musiałby zostać powiązany z obiektywnymi kosztami prowadzenia działalności gospodarczej konkretnego rodzaju nadawcy (np. radiowego lub telewizyjnego), które umożliwiają mu realizację konstytucyjnych obowiązków, zapewniając jednocześnie racjonalny i stabilny sposób prowadzenia działalności gospodarczej, która leży z pewnością w interesie całego społeczeństwa.

Tymczasem proponowana regulacja ustawowa jest niejednoznaczna, stwarza organowi koncesyjnemu możliwość przyznawania koncesji w dowolnym zakresie w przedziale do 10 lat. Tym samym naruszona zostaje jedna z elementarnych zasad procesu koncesyjnego jakim jest długotrwałość stosunku prawnego organu koncesyjnego i koncesjonariusza. Jednocześnie propozycja nowelizacji nie rozstrzyga przy tym czy czas, na który udzielona zostanie koncesja ma być jednakowy czy dowolnie różny dla różnych koncesjonariuszy, to zaś – bez określenia ustawowych wytycznych w tym zakresie – stwarza przesłanki dla możliwego naruszania elementarnych zasad konkurencyjności rynkowej przez decyzje organu koncesyjnego.

Pełna dyskrecjonalność organu, brak okresu minimalnego, nie gwarantują pluralizmu, a wręcz przeciwnie – stanowią zagrożenie dla konstytucyjnych praw i wolności przedsiębiorców, a zwłaszcza wolności prasy (mediów) i stają w sprzeczności z konstytucyjną zasadą praworządności, której elementem jest pewność obrotu prawnego (TK – P 3/00, TK – K 27/00). Projektowany przepis wprowadza natomiast dla każdego nadawcy ubiegającego się o koncesję, czy tzw. rekoncesję niepewność prawną co do okresu, na jaki zostanie mu ona udzielona.

Warto wskazać na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który uznał, że istotne jest zabezpieczenie interesu ekonomicznego nadawców komercyjnych i opowiedział się za przyznaniem im (na równi z nadawcami społecznymi) prawa do rekoncesji czyli de facto przedłużenia koncesji na kolejny okres. TK doszedł do przekonania, że „uruchomienie i prowadzenie działalności nadawczej wiąże się z poważnymi nakładami finansowymi i organizacyjnymi. Niepewność nadawców co do ponownego uzyskania koncesji, a co za tym idzie kontynuowania działalności nadawczej stanowi realne zagrożenie ekonomiczne dla wszystkich nadawców, nie tylko społecznych. Istota rekoncesjonowania dotyczy więc ekonomicznych podstaw funkcjonowania nadawców” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, OTK-A 2006/3/32).

Na konieczność uregulowania problemu rekoncesji wskazywała też KRRiT (biuletyn nr 3-4/2004 (88/89)): „nie jest właściwe, aby podmioty, które zainwestowały znaczne sumy pieniędzy w działalność nadawczą, a następnie zdobywały doświadczenie i renomę poprzez swoją działalność, były traktowane na równi z podmiotami ubiegającymi się o koncesję po raz pierwszy. Nadawcy podkreślali, że nie są w stanie dokonywać długotrwałych inwestycji w przedsiębiorstwo, ze względu na niepewność sytuacji odnośnie do przewidywanej działalności nadawczej .”

Również Wojewódzki Sąd Administracyjny wskazał na konieczność istnienia instytucji rekoncesji i zapewnienia „pewności prowadzenia koncesjonowanej działalności gospodarczej”. Jak podniósł WSA w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., „łączenie pojęcia ryzyka gospodarczego z działalnością organów koncesyjnych, z ich uznaniem w tym zakresie, jest w demokratycznym państwie prawnym niedopuszczalne. Koncesjonariusz ma bowiem prawo liczyć, przy właściwym spełnieniu wymagań ustawowych, na przedłużenie koncesji, przy czym nie wynika to z jakiegoś "prawa do rekoncesji", lecz powinno być następstwem właściwej dla państwa prawa trwałości warunków prawnych prowadzenia działalności gospodarczej - zwłaszcza gdy jest to działalność koncesjonowana, a więc już podlegająca ograniczeniom” (sygn. akt II SA 516/02, Lex 150641). Stanowisko to zostało w pełni podzielone przez Trybunał Konstytucyjny we wspomnianym wyżej wyroku.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że projektowany przepis przeczy trwałości warunków prawnych w zakresie działalności nadawczej, zagraża interesom ekonomicznym nadawców koncesjonowanych, które powinny podlegać ochronie i może prowadzić do fikcyjności procesów rekoncesyjnych, jeżeli w ich wyniku koncesje będą wydawane na np. zaledwie kilka miesięcy, zamiast jak dotychczas na 10 lat.

Ponadto taka zmiana daje możliwość wydawania decyzji u których podstaw będą spoczywać upodobania polityczne, nie zaś przesłanki merytoryczne. Unia Europejska podkreśla, że pluralizm w sferze mediów wymaga od władz publicznych działania w pełni wiedzy o nowych technologiach, jak i modelach biznesowych. Sytuacja, w której koncesja mogłaby być udzielona na okres dowolny – do 10 lat, może w znacznej mierze uniemożliwić działalność podmiotów na rynku mediów. Pluralizm rynku mediów (w rozumieniu regulacji europejskich) gwarantuje obywatelom dostęp do informacji oraz opinii z wielu zróżnicowanych źródeł. Brak jasnych kryteriów przy wydawaniu decyzji administracyjnej stwarza zbyt szerokie swobodne uznanie organu, co w rezultacie może spowodować utrudnianie, a nawet uniemożliwienie działalności podmiotom prezentującym odmienne poglądy.

5) Należy zauważyć, że nadawanie programów radiowych i telewizyjnych przez przedsiębiorcę, którego działalność obejmuje teren większy niż jedno województwo, stanowi działalność o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, zgodnie z art. 3 ust. 3) ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz.U.2001.122.1320).

W katalogu działalności, które mają szczególne znaczenie gospodarczo-obronne dla Rzeczypospolitej Polskiej, obok nadawania programów radiowych i telewizyjnych, wskazano także inne rodzaje działalności wymagające koncesji tj. wytwarzanie, dystrybucja i przesyłanie gazu ziemnego, paliw płynnych oraz energii elektrycznej oraz produkcja, transport i magazynowanie produktów naftowych. Zasady dotyczące udzielania koncesji w tym zakresie określa ustawa z dnia z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne

(Dz.U.2020.833 t.j.). Zgodnie z art. 36 prawa energetycznego „Koncesji udziela się na czas oznaczony, nie krótszy niż 10 lat i nie dłuższy niż 50 lat, chyba że przedsiębiorca wnioskuje o udzielenie koncesji na czas krótszy.”

Minimalny okres na jaki udzielana jest koncesja na podstawie prawa energetycznego jest zbieżny z okresem (sztywnym) trwania koncesji na nadawanie programów radiowych i telewizyjnych na podstawie ustawy o radiofonii i telewizji w aktualnym brzmieniu, czyli 10 lat. Przyczyną takiej regulacji jest nie tylko ochrona interesów przedsiębiorcy, który ponosi ryzyko gospodarcze związane z inwestycją, ale także konieczność zagwarantowania Rzeczypospolitej Polskiej bezpieczeństwa w zakresie działalności, która spełnia koniunkcyjne kryteria:

- jest działalnością koncesjonowaną
- szczególne znaczenie gospodarczo-obronne dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Wynika stąd wniosek, że skrócenie terminu na jaki udzielana jest koncesja dotycząca działalności, o której mowa w ustawie o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców będzie naruszać zasady bezpieczeństwa gospodarczo-obronnego Rzeczypospolitej Polskiej. W zakresie kwestii bezpieczeństwa gospodarczo-obronnego uzasadnienie ustawy wprowadzającej Prawo komunikacji elektronicznej nie zawiera żadnych analiz, a także rozwiązanie takie nie było poddane koniecznym konsultacjom. **Zmiana proponowana w art. 10 ustawy wprowadzającej Prawo komunikacji elektronicznej, nie jest zgodna z założeniami strategicznymi dotyczącymi bezpieczeństwa gospodarczo-obronnego Rzeczypospolitej Polskiej.**

Zastosowane w prawie energetycznym rozwiązanie, gdzie zagwarantowany jest minimalny okres trwania koncesji, jest spójne zasadami dotyczącymi koncesji na działalność o podobnym znaczeniu strategicznym. Gdyby zatem ustawodawca dążył do zwiększenia elastyczności czasu trwania koncesji dotyczącej nadawania programów radiowych i telewizyjnych, to powinien zastosować rozwiązanie gwarantujące minimalny (a nie maksymalny) czas trwania koncesji, co doprowadzi do zwiększenia elastyczności, o której mowa w uzasadnieniu ustawy wprowadzającej prawo komunikacji elektronicznej, przy zastrzeżeniu, że minimalny czas trwania koncesji nie będzie krótszy niż 10 lat, co wynika z konieczności spójnego systemu zasad bezpieczeństwa gospodarczo-obronnego Rzeczypospolitej Polskiej.

6) Brak jednoznaczności w podstawach decyzji administracyjnych organu koncesyjnego rodzi ryzyko polityczne, zarówno w wymiarze krajowym poprzez tworzenie warunków dla nieuzasadnionej manipulacji rynkiem mediów (rynek idei), jak też w wymiarze międzynarodowym, europejskim (tu przestrzegania zasad i idei wynikających potrzeby transparenacji, o której mówi się między innymi w Europejskim Kodeksie Łączności Elektronicznej). W szerokim kontekście potencjalnych inwestorów zagranicznych stawia pod znakiem zapytania dwustronne i wielostronne porozumienia w zakresie ochrony inwestycji.

Zgodnie z Dyrektywą o Telewizji Bez Granic, niejednoznaczność rozwiązań w zakresie udzielania koncesji na działalność radiowo-telewizyjną może skłaniać nadawców do podejmowania starań o uzyskanie niektórych koncesji (np. na nadawanie satelitarne) w innych krajach Unii Europejskiej, co w jakimś stopniu jest kompromitujące dla krajowych organów regulacyjnych.

Potencjalnie możliwe skracanie czasu koncesji tworzy zbyt wysokie koszty transakcyjne związane z przygotowaniem kolejnych wniosków o przedłużenie koncesji tworząc zbyt dużą mitrę administracyjną.

Nieokreśloność czasu obowiązywania koncesji zmniejsza stabilność stosunków pracy, a firmy mediowe są znaczącym pracodawcą i ważnym elementem wspierania zawodów twórczych. Powstawanie zespołów twórczych jest procesem złożonym i wymagającym czasu. Pewność działania przedsiębiorcy mediowego sprzyja nawiązywaniu długoterminowych umów o pracę i świadczenie usług.

7) Projekt dotknięty jest także wadami natury formalnej. Zmiana okresu na jaki udzielana jest koncesja na rozpowszechnianie programów telewizyjnych lub radiowych nie należy do materii wprowadzenia w życie nowych przepisów z zakresu komunikacji elektronicznej (czyli nowego prawa telekomunikacyjnego). Tym samym zasadne wydaje się stwierdzenie, że projektodawcy naruszyli zasady techniki prawodawczej, które stanowią, że *„w ustawie nie zamieszcza się przepisów, które regulowałyby sprawy wykraczające poza wyznaczony przez nią zakres przedmiotowy (stosunki, które reguluje) oraz podmiotowy (krąg podmiotów, do których się odnosi) oraz Ustawa nie może zmieniać lub uchylać przepisów regulujących sprawy, które nie należą do jej zakresu przedmiotowego lub podmiotowego albo się z nimi nie wiążą”* (§ 3 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie zasad techniki prawodawczej, Dz.U. z 2016 r. poz. 283). Kwestionowany zapis znajduje się w ustawie wprowadzającej PKE, a więc w ustawie o charakterze pomocniczym, technicznym w stosunku do PKE. Brak jest podstaw, aby w ustawie pomocniczej wprowadzać zmiany merytoryczne do materii regulowanej odrębnym aktem prawnym (tj. ustawy o radiofonii i telewizji), w sytuacji gdy ustawa wprowadzana ustawą pomocniczą tj. PKE nie reguluje kwestii okresu, na jaki jest udzielana koncesja. Z powyższych względów należy zrezygnować z proponowanego zapisu art. 10 pkt 3 ustawy wprowadzającej PKE, który zmienia art. 36 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji.

Podsumowanie

Zarówno w odniesieniu do projektu PKE jak i ustawy ją wprowadzającej IAB Polska zdecydowanie postuluje, aby przez wzgląd na kompleksowość i szeroki zakres zmian jaki wymusza na regulatorze wprowadzenie do krajowego porządku prawnego Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej – nie regulować w nowych przepisach kwestii wykraczających ponad obowiązki wynikające z tej dyrektywy. Regulator nie powinien także uchwalając nową ustawę –

Prawo komunikacji elektronicznej wdrażać jednocześnie innych regulacji, które nie są bezpośrednio związane z implementacją EKŁE, a która powinna koncentrować się na zagadnieniach stricte natury komunikacji elektronicznej i kwestiach technicznych.

Z poważaniem,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Schmidt', written over a horizontal line.

Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu