

Warszawa, dnia 1 lipca 2022 r.

Sz. P. Adam Andruszkiewicz
Sekretarz Stanu
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

STANOWISKO

ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU (IAB POLSKA) WS. PROJEKTU USTAWY O ZWALCZANIU NADUŻYĆ W KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ Z 15 CZERWCA 2022 R.

Szanowni Państwo,

W związku z publikacją 15 czerwca 2022 r. projektu ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej (dalej „**UZNKE**”) Związek Branży Internetowej IAB Polska (dalej „**IAB Polska**”) pragnie przedstawić swoje stanowisko dotyczące propozycji legislacyjnych przedstawionych w projekcie UZNKE.

IAB Polska jako zrzeszenie ponad 200 członków, wśród których znajdują się m.in. największe portale internetowe, spośród których część świadczy na dużą skalę usługi poczty elektronicznej, jest zainteresowane przedstawieniem stanowiska do projektu UZNKE.

Poza szczegółowymi uwagami do projektu UZNKE, które zostały zamieszczone w tabeli stanowiącej załącznik do niniejszego stanowiska, zdaniem IAB Polska **najważniejszym zgłaszanym zastrzeżeniem dotyczącym przygotowanego projektu UZNKE jest czas, w jakim projekt ustawy został przedstawiony przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów.** IAB Polska przede wszystkim wskazuje, że projekt UZNKE nie uwzględnia zmiany przepisów krajowych, która powinna nastąpić w związku z koniecznością transpozycji obowiązującej od 21 grudnia 2020 r. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej, a która do tej pory nie została implementowana w Polsce.

Projekt UZNKE w swojej treści odwołuje się do przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, która zgodnie z zapowiedziami powinna w nieodległej przyszłości zostać zastąpiona ustawą – Prawo komunikacji elektronicznej (dalej „**PKE**”) (ostatnia wersja z dnia 5 maja 2022 r.). Dodatkowo obecnie, równoległe do projektu UZNKE Kancelaria Prezesa Rady Ministrów prowadzi prace nad projektem ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (ostatnia wersja z dnia 15 marca 2022 r.) (dalej „**nowelizacja UKSC**”). Oba projekty przewidują regulacje nakładające się na siebie wzajemnie lub krzyżujące wzajemnie z projektem UZNKE.

Jednoczesne prace nad przywołanymi wyżej ustawami, którym brakuje pełnej harmonizacji, w konsekwencji prowadzą do tego, że:

1. regulacje w tych projektach nakładają się – m.in.:
 - a. definicja nadużycia telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 26) PKE) jest zbieżna z definicją nadużycia w komunikacji elektronicznej (art. 2 pkt 4) UZNKE);
 - b. prawa i obowiązki dotyczące zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych określone w art. 173 PKE częściowo pokrywają się z obowiązkami określonymi w UZNKE;
 - c. przepisy mające umożliwić nałożenie kary w wyniku dopuszczenia się nadużyć telekomunikacyjnych określone w art. 441 ust. 2 pkt 4) i 5) PKE powtarzają regulację, która wynika z art. 15 ust. 1 UZNKE.
2. rozczłonkowanie przepisów po różnych ustawach nie służy spójności i przejrzystości prawa.

To wszystko prowadzi do refleksji, że analizując przepisy projektu UZNKE, pojawia się wątpliwość, czy zgłaszane obecnie uwagi do projektu UZNKE powinny być zgłaszane razem z uwagami do planowanych dwóch, powiązanych ze sobą projektów zmian legislacyjnych (projektem PKE i nowelizacją UKSC).

Zdaniem IAB Polska jeśli UZNKE miałyby zostać skierowana do Sejmu w celu jej uchwalenia, **powinno to nastąpić razem z projektem PKE i nowelizacją KSC lub w momencie, gdy PKE będzie już obowiązywało.**

Wcześniejsze przyjęcie projektu UZNKE i skierowanie go do Sejmu doprowadzi do konieczności nowelizacji UZNKE, a co za tym idzie przeprowadzenia ponownego procesu legislacyjnego w celu dostosowania UZNK do zgodności z treścią PKE.

Z ekonomicznego i organizacyjnego punktu widzenia Kancelaria Prezesa Rady Ministrów powinna odsunąć w czasie prace nad opracowaniem i przyjęciem UZNKE.

Z poważaniem,



Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu

**Szczegółowe uwagi do projektu ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej (dalej „UZNKE”)
Projekt z dnia 15 czerwca 2022 r.**

Lp.	Jednostka redakcyjna	Treść uwagi
1.	Art. 2 pkt 4	<p>UWAGA: Zdaniem IAB Polska definicja nadużycia w komunikacji elektronicznej jest niepełna, ponieważ nie uwzględnia sytuacji, gdy nie tylko świadczenie usługi telekomunikacyjnej może stanowić nadużycie w komunikacji elektronicznej, ale również korzystanie z usług telekomunikacyjnym może takie nadużycie stanowić, zwłaszcza że definicja nadużycia telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 26) PKE) wskazuje, że nadużyciem jest „<i>świadczenie lub korzystanie z usługi telekomunikacyjnej</i>”.</p> <p>PROPOZYCJA: IAB Polska proponuje następującą zmianę definicji nadużycia w komunikacji elektronicznej:</p> <p><i>4) nadużycie w komunikacji elektronicznej – świadczenie lub korzystanie z usługi telekomunikacyjnej lub korzystanie z urządzeń telekomunikacyjnych niezgodnie z ich przeznaczeniem lub przepisami prawa, których celem lub skutkiem jest wyrządzenie szkody przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, użytkownikowi końcowemu lub osiągnięcie nienależnych korzyści;</i></p>

2.	Art. 2 pkt 12	<p>UWAGA:</p> <p>Przez wzgląd na rosnącą jakością obsługi konsumenta coraz powszechniejsze staje się udostępnianie na stronach internetowych świadczących różnego rodzaju usługi (sklepy internetowe, platformy handlu elektronicznego, platformy gier internetowych czy inne) dedykowanych kanałów ułatwiających komunikację konsumenta korzystającego z usług elektronicznych ze sprzedającym bądź z innymi użytkownikami danej strony. Przykładem takich narzędzi do komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów stanowią chatboty czy dedykowane kanały komunikacji. Usługa ta pozostaje podrzędna i dodatkowa względem usługi głównej, tj., przykładowo, sprzedaży przez stronę internetową bądź pośrednictwa w sprzedaży na platformie.</p> <p>Wyłączenie zawarte w art. 2 pkt 12 projektowanej ustawy ujęte zostało w sposób bardzo ogólny. Biorąc pod uwagę, iż zakres wyłączenia nie został doprecyzowany ani określony w uzasadnieniu do projektu ustawy, zakres podmiotowy projektowanej ustawy pozostaje niepewny, co w naszej ocenie może rodzić wątpliwości interpretacyjne kiedy regulacja wejdzie już w życie. Sankcyjny charakter projektowanej regulacji w połączeniu z terminologiczną niepewnością ma duży potencjał wywołania tzw. <i>chilling effect</i> wśród legalnie i prawidłowo działających podmiotów, a ponadto w takiej formule wywołuje uzasadnione zastrzeżenia odnośnie konstytucyjności takiej formuły zakazu i zgodności z prawidłową techniką prawodawczą.</p> <p>PROPOZYCJA:</p> <p>Nażalenie określonych w projektowanej ustawie obowiązków na przedsiębiorców prowadzących sklepy internetowe, będących operatorem platformy handlu elektronicznego czy portali udostępniających gry internetowe, którzy udostępniają kanały komunikacji stanowiącą usługę komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów byłoby nieproporcjonalne do świadczonych przez nich usług.</p> <p>W związku z powyższym proponujemy dodanie zdania drugiego do obecnego brzmienia art. 2 pkt 12 w następujący sposób "(...) <i>Funkcję podrzędną względem usługi podstawowej stanowi w szczególności usługa komunikacji interpersonalnej udostępniona w sklepach internetowych, na platformach handlu elektronicznego czy w grach internetowych.</i>", bądź dodanie do uzasadnienia projektu ustawy powyższego zdania.</p>
----	---------------	--

3.	Art. 5, Art. 6	<p>UWAGA: W Art. 5 UZNKE zostało uregulowane prawo nadawcy krótkiej wiadomości tekstowej (SMS) do wniesienia sprzeciwu do Prezesa UKE wobec uznania treści takiej wiadomości za wyczerpującą znamiona smishingu. Z przepisów UZNKE nie wynika, w jakim trybie jest rozpatrywany sprzeciw Prezesa UKE, m.in. przy uwzględnieniu przepisów jakiej procedury powinna być badana przez Prezesa UKE zasadność sprzeciwu złożonego przez nadawcę SMS, jaką formę prawną przybiera rozstrzygnięcie Prezesa UKE uwzględniające lub nieuwzględniające sprzeciwu lub czy nadawca, który nie jest zadowolony z rozstrzygnięcia Prezesa UKE, ma możliwość zakwestionowania zasadności i legalności takiej decyzji, dzięki instancji odwoławczej.</p> <p>PROPOZYCJA: Projektodawca powinien doprecyzować tę kwestię, m.in. określić, czy Prezes UKE powinien stosować przepisy postępowania administracyjnego przy podejmowaniu decyzji o uwzględnieniu sprzeciwu, jaką formę prawną powinny przyjąć rozstrzygnięcia podejmowane w tej kwestii przez Prezesa UKE i czy istnieje możliwość badania zasadności i legalności tych rozstrzygnięć.</p>
4.	Art. 12 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 pkt 15	<p>UWAGA: Wątpliwości budzi definicja użytkownika, odwołująca się do definicji z ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (art. 2 pkt 49). Zgodnie z definicją z Prawa telekomunikacyjnego użytkownikiem jest „<i>podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi</i>”.</p> <p>Odwołanie się do definicji z Prawa telekomunikacyjnego jest niewłaściwe, ponieważ usługa poczty elektronicznej nie jest publicznie dostępną usługą telekomunikacyjną, a jak – sama definicja poczty elektronicznej określa (art. 2 pkt 8 UZNKE) – jest to „<i>usługa komunikacji interpersonalnej niewykorzystująca numerów</i>”, a więc żadna osoba korzystająca z usługi poczty elektronicznej nie może być uznana za użytkownika w rozumieniu tej definicji.</p> <p>PROPOZYCJA: IAB Polska proponuje, aby projektodawca zaproponował inną definicję użytkownika, która będzie adekwatna w stosunku do usług, z jakich użytkownicy będą korzystali.</p>

5.	Art. 12 ust. 1 pkt 3	<p>UWAGA: Z UZNKE nie wynika, co należy rozumieć przez „aktywne konto pocztowe”, czym jest konto pocztowe i kiedy konto pocztowe należy uznać za aktywne lub nieaktywne.</p> <p>Ponadto dostawca poczty elektronicznej, który spełnia przesłankę posiadania 500 000 użytkowników określoną w art. 12 ust. 1 pkt 1 UZNKE, będzie najczęściej spełniać przesłankę posiadania 500 000 aktywnych kont pocztowych (jeśli za aktywne konto pocztowe uzna się np. konto, z którego można wysyłać i odbierać e-maile). Użytkownik konta pocztowego będący osobą fizyczną najczęściej korzysta tylko z jednego konta pocztowego, zatem sama przesłanka posiadania przez dostawcę poczty elektronicznej 500 000 użytkowników powinna być wystarczająca dla oceny, czy dostawca poczty elektronicznej powinien spełniać obowiązki określone w art. 12 UZNKE.</p> <p>PROPOZYCJA: IAB Polska proponuje wykreślenie z art. 12 ust. 1 UZNKE pkt 3: „<i>obsługujący co najmniej 500 000 aktywnych kont pocztowych</i>”.</p>
6.	Art. 12 ust. 1	<p>UWAGA: Art. 12 ust. 1 UZNKE wskazują, że dostawca poczty elektronicznej będzie zobowiązany stosować jednocześnie trzy mechanizmy uwierzytelniania poczty elektronicznej (DMARC – Domain-based Message Authentication Reporting and Conformance, DKIM – DomainKeys Identified Mail oraz SPF – Sender Policy Framework). Z kolei z uzasadnienia do projektu UZNKE wynika, że dostawcy poczty elektronicznej będą mieli obowiązek stosować jeden z tych mechanizmów, co oznacza, że być może na poziomie redakcji tekstu UZNKE powstała nieścisłość konieczna do skorygowania.</p> <p>PROPOZYCJA: IAB Polska wnosi – zgodnie z przedstawioną poniżej propozycją art. 12 ust. 1 UZNKE, aby dostawca poczty elektronicznej nie był zobowiązany do stosowania łącznie wszystkich mechanizmów uwierzytelniania poczty elektronicznej, a jedynie jeden z tych wskazanych w art. 12 ust. 1 UZNKE, wybrany samodzielnie przez dostawcę poczty elektronicznej.</p> <p><i>Art. 12. 1. Dostawca poczty elektronicznej:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1) dla co najmniej 500 000 użytkowników, 2) dla podmiotu publicznego, lub 3) obsługujący co najmniej 500 000 aktywnych kont pocztowych <p>– ma obowiązek stosowania jednego z następujących mechanizmów: SPF (Sender Policy Framework), DMARC (Domain-based Message Authentication Reporting and Conformance) lub DKIM (DomainKeys Identified Mail).</p>

7.	Art. 14 ust. 1-2	<p>UWAGA</p> <p>Art. 14 ust. 1 projektu ustawy przewiduje, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni będą mogli przetwarzać i wzajemnie udostępniać informacje, w tym informacje objęte tajemnicą komunikacji elektronicznej, z wyłączeniem komunikatu elektronicznego, w celu identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych. Wyjątkiem od zasady, którą ma być brak możliwości przetwarzania komunikatu na potrzeby zwalczania nadużyć, ma być identyfikowanie, zapobieganie i zwalczanie smishingu – w tym konkretnym przypadku projekt ustawy dopuszcza przetwarzanie również komunikatu (art. 14 ust. 2 projektu ustawy).</p> <p>Zacząć należy od tego, że tak sformułowany przepis (art. 14 ust. 1 i 2) obejmuje dwa różne stany faktyczne. Pierwszy to przetwarzanie danych „własnych” przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na potrzeby zwalczania nadużyć (bez udostępniania takich danych innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym). Drugi to wzajemne udostępnianie danych pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi celem zwiększenia skuteczności narzędzi anty-fraudowych.</p> <p>W zakresie odnoszącym się do wzajemnego udostępniania danych pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi należy zauważyć, że bez możliwości wymiany informacji na temat komunikatu elektronicznego skuteczność współpracy międzyoperatorskiej na rzecz zwalczania nadużyć będzie znacznie mniejsza niż mogłaby być, gdyby takiego ograniczenia nie było. O ile wzajemne udostępnianie komunikatu ma być dopuszczalne w przypadku smishingu (wiadomości SMS), o tyle taka wymiana nie będzie możliwa w przypadku nadużyć, których nośnikiem jest np. wiadomość MMS. Przestępcy wykorzystują zarówno wiadomości SMS jak i MMS do popełniania nadużyć, a o tym, czy wiadomość SMS albo MMS jest nośnikiem nadużycia o charakterze phishingowym decyduje jej treść – bez jej przetworzenia nie ma możliwości zidentyfikowania wiadomości nadużyciowych. Jednocześnie nie ma żadnych podstaw do różnicowania zakresu dopuszczalnego przetwarzania danych w zależności od tego, czy nośnikiem nadużycia jest SMS czy MMS (albo inna forma komunikatu).</p> <p>O ile wyłączenie możliwości wzajemnego udostępniania komunikatu (za wyjątkiem smishingu) ograniczy skuteczność współpracy międzyoperatorskiej i utrudni skuteczną walkę z nadużyciami w komunikacji elektronicznej, to wyłączenie możliwości przetwarzania komunikatu tam, gdzie przetwarzanie ma dotyczyć „własnych” danych przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (tj. danych dostępnych z poziomu sieci i usług świadczonych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego), w zasadzie uniemożliwi przedsiębiorcom telekomunikacyjnym zwalczanie nadużyć, w których o nadużyciowym charakterze decyduje treść komunikatu (innych niż smishing, który nie będzie objęty wyłączeniem dotyczącym komunikatu). W praktyce oznacza to, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie będą mogli podejmować działań mających na celu zwalczanie nadużyć,</p>
----	------------------	--

których nośnikiem jest np. wiadomość MMS (pamiętajmy, że wiadomości MMS nie mieszczą się, i na obecnym etapie nie powinny mieścić się, w definicji smishingu).

PROPOZYCJA:

W naszej ocenie wyłączenie możliwości przetwarzania i udostępniania komunikatu jest szkodliwe z perspektywy celu, jakim ma być skuteczna walka z nadużyciami, w związku z czym obecne ust. 1 i 2 w art. 14 projektu ustawy powinny zostać zastąpione przepisem o następującym brzmieniu:

“Przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą przetwarzać i wzajemnie udostępniać informacje, w tym informacje objęte tajemnicą komunikacji elektronicznej, niezbędne do identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania nadużyć w komunikacji elektronicznej.”

Przepis w takim kształcie pozwala na przetwarzanie wszystkich informacji, które są niezbędne do identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania nadużyć w komunikacji elektronicznej, zarówno jeśli chodzi o przetwarzanie „własnych” danych jak i o ich wzajemne udostępnianie, pozwalając na walkę z obecnie znanymi formami nadużyć, jak i z takimi nadużyciami, które dopiero pojawią się w przyszłości, bez nieuzasadnionego różnicowania zakresu dopuszczalnego przetwarzania danych od tego, jaka usługa telekomunikacyjna (SMS, MMS itd.) jest nośnikiem nadużycia. Jednocześnie zaproponowany przepis jednoznacznie przesądza, że przetwarzane i wzajemnie udostępniane mogą być tylko te dane, które są niezbędne do identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania nadużyć w komunikacji elektronicznej, co zapobiegnie przetwarzaniu i wzajemnym udostępnianiu danych innych niż niezbędne. Przykładowo, przy takim zapisie komunikat będzie mógł być przetwarzany i wzajemnie udostępniany tylko i wyłącznie wtedy, gdy o nadużyciu charakterze decyduje treść komunikatu (phishingowe SMS oraz MMS). Jednocześnie komunikat nie będzie przetwarzany i wzajemnie udostępniany w przypadku takich nadużyć, w których treść komunikatu nie ma znaczenia dla oceny, czy ruch ma charakter nadużyciowy.

8.	Art. 14 ust. 4	<p>UWAGA:</p> <p>Artykuł 23 ust. 1 RODO pozwala krajowym prawodawcom wprowadzić przepisy służące ograniczeniu administratorom danych lub podmiotów przetwarzających zakresu obowiązków i praw przewidzianych w art. 12-22 RODO i w art. 34 RODO, a także w art. 5 RODO pod warunkiem, że:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) takie przepisy odpowiadają prawom i obowiązkom przewidzianym w art. 12–22 RODO b) ograniczenie takie nie narusza istoty podstawowych praw i wolności oraz jest w demokratycznym społeczeństwie środkiem niezbędnym i proporcjonalnym i służy realizacji celów, które zostały enumeratywnie wymienione w art. 23 ust. 1 pkt a-j RODO. <p>IAB Polska stoi na stanowisku, że proponowane w projekcie UZNKE wyłączenie stosowania art. 14 i art. 15 RODO w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania przestępstw na szkodę przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jest konieczne, aby podmioty te mogły skutecznie przeciwdziałać przestępstwom popełnianym na ich szkodę.</p> <p>Niemniej jednak przepis w obecnym kształcie znajdzie zastosowanie tylko w tych przypadkach, w których doszło do przestępstwa na szkodę przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Takie zawężenie może spowodować, że będzie to przepis martwy, gdyż w systemie, w którym obowiązuje domniemanie niewinności od popełnienia przestępstwa do stwierdzenie w sposób prawomocny, że przestępstwo zostało popełnione mija zazwyczaj wiele miesięcy albo i lat. Walka z nadużyciami wymaga podejmowania działań natychmiastowych.</p> <p>PROPOZYCJA:</p> <p>Biorąc powyższe pod uwagę proponujemy następującą zmianę brzmienia art. 14 ust. 4 projektu ustawy:</p> <p><i>Do przetwarzania danych osobowych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, przepisu art. 14 i 15 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1, z późn. zm.) nie stosuje się w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania przestępstw na szkodę przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nadużyć w komunikacji elektronicznej.</i></p>
----	----------------	---

9.	Art. 20, Art. 23	<p>UWAGA: W przeciwieństwie do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych UZNKE nie przewiduje okresu dostosowawczego dla dostawców poczty elektronicznej, zatem będą oni mieli jedynie 30-dniowy okres <i>vacatio legis</i>, aby dostosować się do obowiązków określonych w projekcie UZNKE, co może okazać dla nich za krótkim terminem, aby przygotować się do realizacji tych obowiązków. Oznacza to ryzyko nałożenia kary pieniężnej na dostawcę poczty elektronicznej, który w tak krótkim czasie nie wywiąże się z obowiązków określonych w UZNKE.</p> <p>PROPOZYCJA: IAB Polska proponuje dodanie w art. 20 UZNKE nowego punktu: <i>3) o której mowa w art. 15 ust. 3, nie nakłada się przed upływem 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.</i></p>
----	---------------------	--