

Warszawa, dnia 22 grudnia 2022 r.

APEL

ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU POLSKA (IAB POLSKA) W/S PROJEKTÓW USTAW PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ (PKE) ORAZ USTAWY WPROWADZAJĄCEJ PKE

W świetle trwających od ponad 2 lat prac nad transpozycją do polskiego porządku prawnego Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej poprzez *projektu ustaw prawo komunikacji elektronicznej* (dalej: „PKE”) oraz *ustawy wprowadzającej PKE* (dalej: „uwPKE”) członkowie IAB Polska wyrażają swoje głębokie zaskoczenie i oburzenie faktem dodania na ostatnim etapie prac rządowych, bez jakichkolwiek konsultacji z rynkiem, szeregu przepisów dotyczących:

- zmian w *ustawie o radiofonii i telewizji* (dalej: „urtv”), które skutkować będą diametralną zmianą zasad funkcjonowania rynku telewizyjnego w Polsce i koniecznością jego przebudowy od podstaw oraz
- rozszerzenie katalogu podmiotów, na których są nakładane obowiązki w art. 43–53 PKE z przedsiębiorców telekomunikacyjnych na wszystkich przedsiębiorców komunikacji elektronicznej, a więc również na dostawców usług interpersonalnych niewykorzystujących numerów, co wpływa bezpośrednio na ograniczenie praw użytkowników poczty elektronicznej oraz innych komunikatorów do poszanowania ich życia prywatnego i korespondencji.

Taki tryb stanowienia prawa jest sprzeczny z wszelkimi zasadami transparentnego i uczciwego procesu legislacyjnego, w którym przepisy mające ogromny wpływ zarówno na przedsiębiorców zobowiązanych, jak też odbiorców ich usług powinny podlegać szerokim konsultacjom społecznym i spotkaniom warsztatowym celem wypracowania przemyślanych rozwiązań nie naruszających zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej (uwzględniających realia ekonomiczne oraz technologiczne), a także gwarantujących konstytucyjne prawa do wolności i ochrony tajemnicy komunikowania użytkowników usług świadczonych przez tych przedsiębiorców.

Zmiany tak dużego kalibru z pewnością wymagają także przeprowadzenia rzetelnej oceny skutków regulacji, uwzględniającej wpływ na przedsiębiorców, właścicieli praw licencyjnych, klientów, użytkowników końcowych oraz Skarb Państwa.

Postulujemy w związku z tym, aby prace nad wprowadzeniem przepisów z art. 43-53 PKE oraz nowelizacją urtv nie odbywały się w przyspieszonym trybie, przy okazji transpozycji do polskiego porządku przepisów EKŁE. Ewentualne zmiany urtv oraz zmiany wykraczające ponad implementację dyrektywy – Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej - powinny poprzedzać konsultacje publiczne,

zapewniające udział wszystkich zainteresowanych podmiotów oraz odpowiedni czas na wypowiedzenie się co do proponowanych nowych przepisów. Mając w szczególności na względzie wskazane powyżej ryzyka i zagrożenia, które mogą dotknąć zarówno przedsiębiorców, jak i – przede wszystkim – odbiorców (w tym widzów programów telewizyjnych), proces legislacyjny powinien przebiegać w sposób maksymalnie transparentny i uwzględniający uzasadniony interes wszystkich zainteresowanych.

W załączeniu do powyższego apelu przedstawiamy wybrane uwagi do PKE w zakresie rozszerzenia katalogu podmiotów, na których są nakładane obowiązki w art. 43–53, a które nastąpiło na żądanie Ministra Obrony Narodowej oraz Ministra Koordynatora Służb Specjalnych bez przeprowadzenia w tym zakresie niezbędnych konsultacji publicznych.

Z poważaniem,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Schmidt', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the right.

Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu

ZAŁĄCZNIK NR 1 DO APELU

UWAGI IAB POLSKA

DO PROJEKTU USTAWY PRAWO KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ Z DNIA 17.11.2022 R.

Na wstępie pragniemy zaznaczyć, że szyfrowanie komunikacji jest jednym ze środków umożliwiających realizowanie fundamentalnych praw człowieka w zakresie prawa do prywatności korespondencji i poszanowania życia prywatnego. Ograniczenie takiego prawa może być ustanawiane wyłącznie w zgodzie z art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W ocenie IAB Polska zaproponowana w projekcie PKE ingerencja w prawo do prywatności nie spełnia wymogu konieczności i proporcjonalności oraz budzi wątpliwości co do ich konstytucyjności.

1. Obowiązek retencji danych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Zgodnie z art. 47 ust. 1 PKE przedsiębiorca komunikacji elektronicznej, który będzie zobowiązany do retencji danych określonych w art. 49 ust. 1 PKE, będzie zobowiązany do przechowywania tych danych **na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej**.

Z perspektywy przedsiębiorców komunikacji elektronicznej, zwłaszcza tych, którzy świadczą usługi komunikacji elektronicznej, nie posiadając siedziby na terenie Polski, rozwiązanie proponowane w art. 47 ust. 1 PKE będzie stanowić uciążliwy dla podmiotów zobowiązanych obowiązek, który w żaden sposób nie poprawi warunków przechowywania i dostępu do tych danych.

Podmioty zobowiązane do retencji danych nadal będą musiały wykonywać obowiązki powiązane z retencją danych (w szczególności zatrzymywać te dane, odpowiednio je chronić i udostępniać uprawnionym podmiotom) pod groźbą określonej w art. 439 pkt 4) PKE kary. Oznacza to, że niezależnie od tego, gdzie dane podlegające retencji będą przechowywane, podmioty zobowiązane nadal będzie musiał dążyć do najlepszych starań, aby wypełnić nałożone na nich obowiązki. Nic nie wskazuje na to, że obowiązek przechowywania danych na terenie Polski przyczyni się do skuteczniejszej realizacji obowiązków w zakresie retencji przez podmioty zobowiązane.

Niezależnie od powyższego należy **podać w wątpliwość ekonomiczny sens proponowanego rozwiązania**. Standardem rynkowym jest korzystanie przez dostawców usług interpersonalnych niewykorzystujących numerów (na których rozciągane są obowiązki wynikające z art. 43 – 53 PKE) w celu świadczenia przez nich usług z centrów danych, które znajdują się poza Polską, a nawet poza obszarem Unii Europejskiej. Nałożenie na tę kategorię przedsiębiorców komunikacji elektronicznej obowiązku

przechowywania danych na terenie Polski spowoduje dodatkowe obciążenia finansowe związane z koniecznością dostosowania systemów i fizyczną migracją rozwiązań na terytorium Polski.

Pomysł objęcia obowiązkiem retencji danych dostawców usług interpersonalnych niewykorzystujących numerów stoi w sprzeczności z zasadami wspólnego rynku w Unii Europejskiej, a także **znacząco ogranicza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej**. Wejście obowiązku w życie w obecnym brzmieniu oznacza częściowe ograniczenie przedsiębiorcom z pozostałych państw członkowskich UE dostępu do polskiego rynku – nakładany na nich obowiązek zlokalizowania centrów danych na terytorium RP mógłby zostać uznany za dyskryminacyjny i nieproporcjonalny do osiągnięcia zamierzonych celów.

Wątpliwe jest również, czy takie rozwiązanie byłoby możliwe do zrealizowania w czasie 6-miesięcznego *vacatio legis*. Nie wszyscy przedsiębiorcy, na których zostaną nałożone obowiązki w zakresie retencji danych, korzystają obecnie z centrów danych zlokalizowanych na terenie Polski. Jeśli więc PKE zostanie uchwalone w aktualnym brzmieniu, przedsiębiorcy ci mogą nie zdążyć z przeniesieniem swojej infrastruktury lub zmianą podwykonawców w wymaganym terminie.

2. Zakres danych podlegających retencji

Zgodnie z art. 49 ust. 1 PKE dane, które podlegają obowiązkowi retencji przez przedsiębiorców komunikacji elektronicznej, został rozszerzony względem obecnie obowiązującej ustawy – Prawo telekomunikacyjne o **dane jednoznacznie identyfikujące użytkownika w sieci** (art. 49 ust. 1 pkt 2 lit. d) PKE). Jednocześnie ustawa nadaje ministrowi właściwemu do spraw informatyzacji uprawnienie do określania w drodze rozporządzenia szczegółowego wykazu danych, które powinny podlegać retencji.

Taka konstrukcja przepisów budzi **poważne wątpliwości w zakresie ich konstytucyjności**. Wątpliwości wynikają w szczególności z przyznanego ministrowi właściwemu do spraw informatyzacji uprawnienia do określania w drodze rozporządzenia szczegółowego wykazu danych podlegających retencji. **Stoi to w sprzeczności z art. 49 Konstytucji RP** („Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. *Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.*”).

Konstytucja RP, ustanawiając jako zasadę wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, dopuszcza ograniczenie tych praw **jedynie w przypadkach określonych w ustawie**. W połączeniu z zasadami ochrony tajemnicy komunikacji elektronicznej (art. 381 i nast. PKE), które określają, że każde informacje związane z transmisją danych podlegają ochronie i zakazane jest ich przetwarzanie przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu elektronicznego – również przedsiębiorca komunikacji elektronicznej świadczący usługi przesyłania tych danych, oznacza to, że tylko w ustawie możliwe jest określenie zakresu danych, które powinny podlegać retencji.

Tymczasem art. 49 PKE dzięki delegacji ustawowej, na podstawie której to minister do spraw informatyzacji będzie określał szczegółowe dane podlegające retencji, daje dużą dowolność w określaniu za pomocą rozporządzenia zakresu danych podlegających retencji. Ponieważ **zakres tego, co można**

uznać za dane jednoznacznie identyfikujące użytkownika w sieci, jest wyjątkowo szeroki, istnieje ryzyko, że władza wykonawcza za pomocą rozporządzenia będzie nakładała na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązek zbierania danych podlegających retencji **w nadmiernym zakresie**, tzn. przedsiębiorcy telekomunikacyjni będą zobowiązani zatrzymywać dane, które będą nie tylko umożliwiały identyfikację użytkownika w sieci, ale również mogą stanowić zasób wiedzy o użytkowniku, który będzie mógł zostać użyte w celu nadużyć.

W związku z powyższym IAB postuluje, aby w samej treści ustawy zostało określone, jakie kategorie danych umożliwiające identyfikację użytkownika w sieci powinny być zatrzymywane przez przedsiębiorców komunikacji elektronicznej i udostępniane odpowiednim organom władzy państwowej, jak wynika to ze wskazanej w Konstytucji RP dyspozycji.

3. Obowiązek blokowania połączeń i komunikatów elektronicznych na podstawie decyzji Prezesa UKE

Na podstawie art. 53 PKE Prezes UKE będzie uprawniony, by nakazać przedsiębiorcom komunikacji elektronicznej blokowanie połączeń lub komunikatów elektronicznych przesyłanych w związanych z publicznie dostępną usługą telekomunikacyjną, jeśli mogą one zagrażać obronności, bezpieczeństwu państwa oraz bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu lub nakazać umożliwienie dokonania takiej blokady przez uprawnione podmioty władzy państwowej.

Art. 53 PKE należy zarzucić **brak precyzji w określaniu takich nakazów**, wobec których przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej nie mają skutecznych narzędzi, aby skutecznej przeciwdziałać możliwym nadużyciom ze strony organów władzy państwowej, zwłaszcza gdy decyzja o obowiązku podjęciu działań może być doręczona ustnie, nadaje się jej rygor natychmiastowej wykonalności oraz obowiązek działania w terminie 6 godzin, a w przypadku niewykonania tych obowiązków przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej grozi kara finansowa na podstawie art. 439 pkt 5 PKE.

W związku z tym IAB Polska postuluje doprecyzowanie treści art. 53 PKE, które pozwoli zminimalizować potencjalnie negatywne skutki dla przedsiębiorców komunikacji elektronicznej, na których takie obowiązki mogą zostać nałożone. W szczególności konieczne jest na podstawie art. 53 PKE nałożenie na Prezesa UKE obowiązku odpowiedniego informowania przedsiębiorców komunikacji elektronicznej o ich obowiązkach w wydawanej decyzji. W tym celu w PKE powinny zostać określone m.in. następujące kwestie:

1. **określenie zasady minimalizacji działań** – decyzja powinna określać, że blokowanie połączeń i komunikatów elektronicznych powinno być dokonywane przez przedsiębiorcę komunikacyjnego **tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne do przeciwdziałaniu niebezpieczeństwu** – w szczególności decyzja wydana przez Prezesa UKE powinna precyzować m.in., czy dotyczy to konkretnych połączeń i komunikatów, czy określonych kategorii tych danych;

2. **określenie czasu**, przez jaki przedsiębiorca komunikacji elektronicznej powinien blokować połączenia, w tym maksymalnego czasu okresu;
3. nałożenie na Prezesa UKE **obowiązku przeprowadzenia konsultacji z podmiotem**, na którego mogą zostać określone nakazy przed wydaniem decyzji, w celu oceny skali zagrożenia i posiadanych przez przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej możliwości organizacyjnych i technicznych;
4. ustalenie zasad, na podstawie których określana będzie **rekompensata należna przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej za brak możliwości świadczenia usług** spowodowanego obowiązkiem blokady połączeń lub komunikatów elektronicznych.