

Warszawa, 8 marca 2024 r.

**Szanowny Pan**  
**Krzysztof Gawkowski**  
**Minister Cyfryzacji**

## **STANOWISKO**

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

*Szanowny Panie Ministrze,*

W odpowiedzi na zaproszenie Ministerstwa Cyfryzacji do wzięcia udziału w konsultacjach projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej (dalej: „PKE” lub „projekt PKE”) oraz ustawy ją wprowadzającej, IAB Polska pragnie przedstawić swoje stanowisko. W pierwszej kolejności dziękujemy za wznowienie prac nad PKE oraz za możliwość zabrania głosu w procesie konsultacji nowej wersji projektów. Jako że projekt PKE w dużej części oparty jest na poprzednim projekcie, niniejsze uwagi stanowią także ponowne podniesienie niektórych uwag zgłaszanych już do poprzednich projektów. Jednocześnie deklarujemy chęć czynnego uczestnictwa w całym procesie legislacyjnym, pozostawiając sobie możliwość dalszego zgłaszania uwag oraz aktualizacji dotychczasowych.

#### **1. Uwagi ogólne**

IAB Polska, jako aktywny uczestnik procesów legislacyjnych, z zainteresowaniem podchodzi do omawianych projektów. Nasza organizacja regularnie przedstawiała swoje stanowiska do projektowanych ustaw, mając na celu nie tylko wspieranie rozwoju branży, ale także dostosowywanie przepisów do dynamicznie zmieniającego się otoczenia rynkowego. IAB Polska z zadowoleniem stwierdza, że w stosunku do projektu z grudnia 2022 r. omawiany projekt PKE i ustawy wprowadzającej PKE zawiera wiele zmian, które odpowiadają naszym wcześniejszym rekomendacjom. Jednocześnie, naszym celem jest dalsze udoskonalanie proponowanych regulacji w sposób respektujący interesy i potrzeby wszystkich zainteresowanych stron przy jednoczesnym poszanowaniu dla zasad praworządności i proporcjonalności. W związku z tym, poniżej przedstawiamy uwagi, których uwzględnienie jest kluczowe dla zapewnienia sprawiedliwych i adekwatnych regulacji, które nie będą wykraczać poza ramy określone przez unijne przepisy, zapewniając przedsiębiorcom działającym w Polsce standardy równe z tymi obowiązującymi na innych rynkach UE.

#### **2. Uwaga do art. 47 ust. 1 pkt 1) PKE**

Zgodnie z przedstawionym w projekcie brzmieniem art. 47 ust. 1 pkt 1) PKE:

*„Przedsiębiorca telekomunikacyjny, z wyłączeniem podmiotów, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 49 ust. 2, jest obowiązany na własny koszt: 1) zatrzymywać i przechowywać dane, o których mowa w art. 49 ust. 1, generowane w publicznej sieci telekomunikacyjnej lub przez niego przetwarzane, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez okres 12 miesięcy, licząc od dnia połączenia lub nieudanej próby połączenia, a z dniem upływu tego okresu dane te niszczyć, z wyjątkiem tych, które zostały zabezpieczone, zgodnie z przepisami odrębnymi”.*

**IAB Polska postuluje, aby nadać art. 47 ust. 1 pkt 1) PKE następujące brzmienie:**

*„Przedsiębiorca telekomunikacyjny, z wyłączeniem podmiotów, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 49 ust. 2, jest obowiązany na własny koszt: 1) zatrzymywać i przechowywać dane, o których mowa w art. 49 ust. 1, generowane w publicznej sieci telekomunikacyjnej lub przez niego przetwarzane, ~~na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,~~ przez okres 12 miesięcy, licząc od dnia połączenia lub nieudanej próby połączenia, a z dniem upływu tego okresu dane te niszczyć, z wyjątkiem tych, które zostały zabezpieczone, zgodnie z przepisami odrębnymi”.*

**lub, jeśli retencja danych ma pozostać i dane mają być zatrzymywane i przechowywane na jakimś określonym obszarze, postulujemy rozszerzenie tego obszaru do Europejskiego Obszaru Gospodarczego.**

W związku z powyższym, zmieniona wersja art. art. 47 ust. 1 pkt 1) PKE brzmiałaby:

*„Przedsiębiorca telekomunikacyjny, z wyłączeniem podmiotów, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 49 ust. 2, jest obowiązany na własny koszt: 1) zatrzymywać i przechowywać dane, o których mowa w art. 49 ust. 1, generowane w publicznej sieci telekomunikacyjnej lub przez niego przetwarzane, **na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego**, przez okres 12 miesięcy, licząc od dnia połączenia lub nieudanej próby połączenia, a z dniem upływu tego okresu dane te niszczyć, z wyjątkiem tych, które zostały zabezpieczone, zgodnie z przepisami odrębnymi”.*

Poprawka uwzględnia okoliczność obowiązywania w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego **jednolitych zasad ochrony danych osobowych**, w tym danych telekomunikacyjnych, na skutek obowiązywania przepisów Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO).

Uzasadnienie:

### **1) Niezgodność z prawem UE**

Obowiązek korzystania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych z centrów danych zlokalizowanych tylko i wyłącznie w Polsce **jest sprzeczny z zasadami wspierania funkcjonowania wspólnego unijnego rynku**. Nie wynika on z **Europejskiego Kodeks Łączności Elektronicznej EKŁE**, który PKE ma wdrażać. Zapis jest **sprzeczny z regulacjami**

**unijnymi, w szczególności z rozporządzeniem o ochronie danych (RODO)**, którego jednym z głównych celów jest usunięcie przeszkód w przepływie chronionych danych (osobowych) w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG). Projektowany obowiązek zlokalizowania fizycznie danych na terytorium RP **nie wynika także z innych obowiązujących i projektowanych regulacji unijnych (m.in. NIS 2.0, dyrektywy ustanawiającej Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej EKŁE)**. Również regulacje jakie w ostatnim roku zostały przyjęte lub których projekty opublikowano nie ograniczają w żaden sposób obszaru, w ramach którego dochodzić może do przechowywania danych do terytorium poszczególnych państw członkowskich (np. rozporządzenie **DORA, Akty ws. Danych czy ws. Zarządzania Danymi, Akt ws. Sztucznej Inteligencji**, itd.).

## **2) Wyzwania dla ochrony infrastruktury krytycznej**

**Tzw. „twarda lokalizacja danych” niesie ze sobą konkretne ryzyka dla cyberbezpieczeństwa i wyzwania dla ochrony infrastruktury krytycznej, zwłaszcza w kontekście napiętej sytuacji geopolitycznej i wojny w sąsiedniej Ukrainie.** Firmy telekomunikacyjne mają określone powinności na rzecz bezpieczeństwa i obronności Rzeczypospolitej Polskiej oraz dysponują własną infrastrukturą i sieciami teleinformatycznymi, definiowanymi jako infrastruktura krytyczna państwa. Takie podmioty często padają ofiarą cyberataków. Twardą lokalizacją danych oznacza np. problemy ze zintegrowanym zarządzaniem w dziedzinie cyberbezpieczeństwa, przeszkody w korzystaniu z najnowocześniejszych technologii i rozwiązań w zakresie ochrony przed cyberatakami, oraz brak możliwości przesyłania danych pomiędzy różnymi podmiotami z grupy, z uwagi na prawne lub organizacyjne ograniczenia w przekazywaniu danych.

**Restrykcje związane z przymuszaniem operatorów do korzystania z centrów danych tylko w Polsce stoją w również sprzeczności z „Narodowym Programem Ochrony Infrastruktury Krytycznej” Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, a w szczególności z Planem Ewakuacji do Chmury Obliczeniowej, który plany ewakuacji infrastruktury krytycznej (w tym telekomów) do chmury obliczeniowej znajdującej się poza granicami RP traktuje jako jeden z filarów bezpieczeństwa teleinformatycznego infrastruktury krytycznej.** Dokument postuluje, aby plan ewakuacji do chmury stał się integralną częścią planu ochrony infrastruktury krytycznej. NOPIK nie wyklucza jednocześnie możliwości korzystania przez operatorów infrastruktury krytycznej z chmury obliczeniowej zlokalizowanej poza terytorium Polski. W sytuacji zatem gdy ograniczenia takiego nie są wprowadzane w odniesieniu do operatorów infrastruktury krytycznej, niezrozumiałe jest wprowadzenie ich w odniesieniu do przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Tymczasem, jak czytamy w Załączniku 1 NOPIK „Standardy służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania infrastruktury krytycznej – dobre praktyki i rekomendacje” *„Doświadczenia z wojny w Ukrainie wykazały, że informatyczne aktywa operatorów IK stały się obiektem hybrydowego ataku obejmującego m.in. zagrożenia cybernetyczne i fizyczne. Praktycznym rozwiązaniem była ewakuacja zasobów, danych i systemów do chmury obliczeniowej, w szczególności do chmury znajdującej się poza terytorium państwa. Liczne*

*przykłady pokazały, że takie przeniesienie zasobów może zostać wykonane szybko i sprawnie, także w warunkach wojennych (...). Aby proces ewakuacji został przeprowadzony sprawnie zaleca się przygotować Plan Ewakuacji poprzedzając go opisanym poniżej procesem przygotowawczym. Plan Ewakuacji do chmury obliczeniowej powinien być integralną częścią planu ochrony IK.”*

Przytoczone wyżej argumenty przemawiają za zezwoleniem na przechowywanie danych telekomunikacyjnych na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a nie tylko na terytorium Polski.

### **3. Gospodarowanie częstotliwościami**

#### **3.1. Art. 99 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 rozsiewczą naziemną.**

**U podstaw tych postulatów stoją następujące argumenty:**

#### **1) Swoboda uznaniowa Prezesa UKE i naruszenie konstytucyjnych praw nadawców**

Projektowany art. 99 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 użytkowania 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 użytkowania 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. 99 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 rozsiewczą naziemną. Jak wynika bowiem z art. 101 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

### **3.2. Art. 99 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. 92 ust. 2, 93 ust. 2 pkt 3) oraz art. 98 PKE umożliwiając Prezesowi UKE podejmowanie dyskrecjonalnych 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 przejęciem 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 przejęciem 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 nadmierowe, 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.

#### 4. Postępowanie konsultacyjne

Artykuł 198 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. Podstawą prawną dla Prezesa UKE do żądania od takich dostawców informacji niezbędnych do przeprowadzenia analizy wskazanej w art. 198 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. 421 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 w projekcie PKE do 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. 207 PKE.**

#### 5. Usługi dodatkowego obciążania rachunku

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. 351, definicja z art. 2 pkt 75 jest zatem nie do zaakceptowania i wymaga zmian, gdyż **nakłada nadmierne i niewynikające z EKŁE obowiązki.**

Projektowane przepisy nakładają 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.**

## 6. Prawa użytkowników końcowych

Zgodnie z projektowanym art. 288 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. 288 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.

## **7. Tajemnica komunikacji elektronicznej**

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. 388 i art. 389 projektu PKE odnosi się już nie tylko do usług świadczonych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale także przez dostawców usług łączności interpersonalnej.

### **7.1. Przetwarzanie danych o lokalizacji na potrzeby usług o wartości wzbogaczonej**

W art. 2 pkt 79 PKE wprowadzono definicję usługi o wartości wzbogaczonej, poprzez którą należy rozumieć: „każdą usługę komunikacji elektronicznej wymagającą przetworzenia danych o lokalizacji”. Z kolei, w art. 394 ust. 4 PKE wskazano, że dane o lokalizacji mogą być przetwarzane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzbogaczonej.

Przepis art. 394 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 wzbogaczonej, 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 wzbogaczonej.** 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. 394 ust. 4 PKE, jako niezgodny z projektem Rozporządzenia o e-Prywatności, należy usunąć.**

## **7.2. 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. 404 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. 394-395 oraz art. 403-407 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. 450 ust. 2 PKE nie odsyłał do przepisów 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. 450 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.

### **7.3. 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. 400 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. 400 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) przyjmują 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. 400 PKE, należy rozważyć czy analogicznie do adresu e-mail nie traktować również innych kanałów komunikacji udostępnionych w celu uzyskania informacji handlowej/marketingowej.

## **8. Przepisy karne i kary pieniężne**

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. 446 PKE został znacząco rozszerzony - projekt przewiduje ponad 90 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. 446 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. 447 (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 odstraszący przepisu.

## 9. Uwagi końcowe

IAB Polska 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. Pragniemy podkreślić znaczenie prawidłowej i transpozycji oraz implementacji do prawa polskiego przepisów dyrektyw unijnych. Spójność przepisów oraz ich harmonizacyjny charakter zapewnić można jedynie poprzez uwzględnienie wspólnotowego kontekstu ram prawnych oraz nienakładanie przez państwo członkowskie odmiennych standardów prawnych, niż wynikałoby to z bezpośredniego brzmienia przepisów unijnych.

Z poważaniem,

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

Włodzimierz Schmidt  
Prezes Zarządu

Kopia:

Sz. P. Dariusz Standerski, Sekretarz Stanu, MC