



# Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 10.04.2020 r.  
KIGEiT/1160/04/2020

Sz. P. Marek Zagórski  
Minister Cyfryzacji  
Ministerstwo Cyfryzacji  
ul. Królewska 27  
00-060 Warszawa

## Dotyczy: pisma z dnia 6 marca 2020 r. nr DT-WR.400.10.2020

*Szanowny Panie Ministrze,*

działając w imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „Izba” lub „KIGEiT”) w odpowiedzi na pismo z dnia 6 marca 2020 r. nr DT-WR.400.10.2020 Izba przedstawia uwagi do Działu I Rozdziału 2, 5, Działu VII Rozdziału 4 oraz Działu VIII i IX projektu ustawy – Prawo Komunikacji Elektronicznej (dalej „Projekt” lub „PKE”) związanego z transpozycją Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej (dalej „EKLE”).

Dziękując za umożliwienie zaprezentowania stanowiska poniżej przedstawiamy uwagi do poszczególnych zagadnień.

### [Dział I Rozdział 2 Wykonywanie gospodarczej działalności telekomunikacyjnej](#)

#### wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Projektu, w ocenie Izby należy wyraźnie przesądzić, że prowadzenie transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych samodzielnie przez koncesjonowanych nadawców w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 grudnia 1992 roku o radiofonii i telewizji (Dz.U. 1993 Nr 7, poz. 34) powinno odbywać się wyłącznie po uprzednim pozyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 11 ust. 3 Projektu Zaświadczenie doręcza się za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Izba postuluje, aby zaświadczenie o wpisie do rejestru było, tak jak to jest obecnie w art. 11 ust. 4 PT, zwolnione z opłaty skarbowej. Dodatkowo istnieje uzasadnione ryzyko, że zaświadczenie wydane za pomocą środków komunikacji elektronicznej nie będzie mogło być wykorzystane przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych w postępowaniach przetargowych w trybach ustawy prawo zamówień publicznych, które są prowadzone poza elektronicznymi platformami zakupowymi. Wydruk elektronicznego zaświadczenia nie stanowi, na wzór odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dokumentu urzędowego, niewymagającego dalszego poświadczania za zgodność z oryginałem. Dokument zaświadczenia nie będzie posiadał mocy urzędowej (nie będzie funkcjonował w obrocie jako oryginał) bowiem projektodawca nie przewiduje takiej okoliczności. Zaświadczenie wydane w formie dokumentu elektronicznego może być używane jako dokument urzędowy jedynie w obrocie elektronicznym. Wydruk takiego elektronicznego zaświadczenia będzie tylko kopią takiego dokumentu. Tym samym część przedsiębiorców telekomunikacyjnych (zarejestrowanych po wejściu w życie ustawy i legitymujący się nowymi zaświadczeniami lub przedsiębiorcy dokonujący zmiany wpisów) stracą możliwość ubiegania się o zamówienia

o wartościach progowych bowiem te zazwyczaj jeszcze prowadzone są poza platformami elektronicznymi.

Ponadto, zgodnie z art. 12 ust. 3 Projektu „Przepisy art. 11 stosuje się odpowiednio”. Omawiany przepis zawiera błędne odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 11 PKE, zamiast, w celu uniknięcia problemów z wykładnią, wprowadzić jego stosowanie wprost ze wskazaniem w jakim zakresie przy zmianie wpisu ma zastosowanie art. 11.

Izba zwraca również uwagę, że art. 13 ust. 2 i art. 16 ust. 2 PKE w zakresie zaprzestania wykonywania działalności objętej wpisem są tożsame, a w związku z tym mając na względzie zasady techniki prawodawczej trudno znaleźć uzasadnienie takiej redakcji przepisów. Ponadto przedsiębiorca zgłaszając zamiar rozpoczęcia działalności telekomunikacyjnej do rejestru podaje jej termin dzienny, który jest terminem przewidywanym, zatem orientacyjnym. Proponowany w przedłożeniu rządowym termin 7 dni jest zbyt krótki, w takim terminie przedsiębiorca może nie rozpocząć planowanej działalności telekomunikacyjnej i potrzebować jeszcze kolejnych dni lub tygodni. Dlatego Izba proponuje wydłużyć ten termin do 90 dni.

Izba postuluje zatem nadanie art. 13 następującego brzmienia:

*„Art. 13. 1. Podmiot, który nie rozpoczął wykonywania działalności telekomunikacyjnej w terminie wskazanym w art. 6 ust. 1 pkt 6 składa do Prezesa UKE wniosek o wykreślenie z rejestru PT w terminie nie dłuższym niż 90 dni od terminu wskazanego w art. 6 ust. 1 pkt 6”.*

Izba proponuje zmianę art. 15 w następujący sposób:

*„Art. 15. 1. Jeżeli podmiot wpisany do rejestru JST zaprzestał wykonywania działalności objętej wpisem jest obowiązany złożyć wniosek do Prezesa UKE o wykreślenie z rejestru JST w terminie 7 dni od dnia zaprzestania.*

*2. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, zawiera numer z rejestru JST oraz datę zaprzestania działalności objętej wpisem.”*

Na skutek powyższego Izba wnosi o wykreślenie art. 16 i dostosowanie dalszej numeracji art. PKE. Należy wskazać, że art. 15 w dotychczasowym brzmieniu jest zbędny, gdyż w świetle art. 5 ust. 2 nie może bowiem zaistnieć sytuacja, w której JST wnosi o wykreślenie z rejestru, a dalej prowadzi działalność objętą tym wpisem. Rozwinięcie dotychczasowego art. 15 stanowi art. 16, którego treść Izba proponuje przenieść w zakresie JST do art. 15, zgodnie z powyższą propozycją.

Tym samym należy wykreślić art. 16, który w zakresie dotyczącym przedsiębiorców telekomunikacyjnych wykreślenie z RPT powieli jedynie regulacje określone w art. 13.

### **ogólne wezwanie**

Art. 20 zasadniczo powieli regulację objętą obecnym art. 6 PT, z wyłączeniem możliwości żądania informacji „od innych podmiotów działających na rynku komunikacji elektronicznej lub innych rynkach ściśle powiązanych z tym rynkiem”. W związku z analogicznym brzmieniem Izba ma zasadnicze obawy, że podobnie jak obecnie, przepis ten będzie nadużywany przez Prezesa UKE.

Z informacji przekazywanych przez członków Izby wynika, że Prezes UKE bardzo często korzysta z możliwości kierowania wezwań na ww. podstawie. Warto przy tym podkreślić, że zarówno w obecnym porządku prawnym jak i projektowanym, nieudzielenie odpowiedzi lub przekazanie odpowiedzi błędnych stanowi podstawę do nałożenia kary pieniężnej w wysokości do 3% przychodu. Co więcej, wezwania te niejednokrotnie i w dużym zakresie powielają informacje posiadane już przez Prezesa UKE, gdyż zostały one przekazane w ramach sprawozdawczości rocznej z działalności telekomunikacyjnej lub np. do systemu SIIS. W takim

przypadku wezwanie ma na celu jedynie wyłączenie Prezesa UKE w przedstawieniu tych samych danych w innym niż sprawozdane ujęciu.

Szeroko ujęta podstawa materialna żądań (obejmująca informacje niezbędne do wykonywania przez Prezesa UKE jego uprawnień i obowiązków) powoduje, że Prezes UKE korzystając z tej możliwości omija w szczególności przepisy dotyczące kontroli i stosuje ten mechanizm w celu weryfikacji zgodności działania przedsiębiorcy z przepisami prawa, co w ocenie Izby stanowi oczywiste nadużycie prawa. Powołuje się przy tym najczęściej na zadanie polegające na „podejmowaniu interwencji w sprawach dotyczących funkcjonowania rynków usług komunikacji elektronicznej i pocztowych oraz rynku aparatury, w tym rynku urządzeń telekomunikacyjnych, z własnej inicjatywy lub wniesionych przez zainteresowane podmioty, w szczególności użytkowników i przedsiębiorców komunikacji elektronicznej” (projektowany art. 364 ust. 1 pkt 5).

Wobec braku definicji legalnej pojęcia „interwencja” należy odwołać się do znaczenia językowego. Słownik Języka Polskiego wskazuje w tym zakresie, iż pod tym pojęciem należy rozumieć „oddziaływanie w celu osiągnięcia własnych celów”. Tymczasem praktyka pokazuje, że Prezes UKE powołując się na tą podstawę dokonuje ustaleń stanu faktycznego, co nie mieści się w pojęciu interwencji.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (dalej „Konstytucja Przedsiębiorców”) *„Kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorców jest przeprowadzana na zasadach określonych w niniejszej ustawie, chyba że zasady i tryb kontroli wynikają z ratyfikowanych umów międzynarodowych albo bezpośrednio stosowanych przepisów prawa Unii Europejskiej”*.

Przepis ten ma znaleźć zastosowanie również w nowym porządku prawnym, gdyż zgodnie z art. 377 Projektu „Do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy stosuje się przepisy rozdziału 5 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców”.

Choć ww. akt prawny nie zawiera definicji kontroli, to nie ma przeszkód, by odwołać się w tym zakresie do językowego znaczenia tego słowa. Jak zatem podaje Słownik Języka Polskiego, pierwszym znaczeniem słowa kontrola jest *„sprawdzanie czegoś, zestawianie stanu faktycznego ze stanem wymaganym”*.

Również w doktrynie wskazuje się, że *„Kontrola to zespół (szereg) podejmowanych przez odpowiednie podmioty na podstawie przepisów prawa czynności, których celem jest zweryfikowanie stanu zastanego ze stanem postulowanym (odpowiadającym wzorcowi ustanowionemu w przepisach prawa) oraz wyciągnięcie stosownych wniosków, które znajdują swój wyraz w wynikach kontroli. Na podstawie dokonanego porównania podmiot kontrolujący będzie mógł podjąć określone działania lub też będzie zobligowany do zaniechania jakiegokolwiek ingerencji w sferę prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej (zakaz ingerencji)”* (Sieradzka Małgorzata. Art. 77. W: Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. LEX, 2013).

W świetle powyższego należy zwrócić uwagę na wynikającą z naczelnej zasady demokratycznego państwa prawnego zasadę działania organów władzy publicznej w granicach i na podstawie obowiązującego prawa, wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP. Przepis ten zawiera normę zakazującą domniemywania kompetencji takiego organu i tym samym nakazuje, by wszelkie działania organu władzy publicznej były oparte na wyraźnie określonej normie kompetencyjnej. Określoną prawnie formę działania (tj. wezwanie, o którym mowa w art. 20 Projektu) Prezes UKE może zastosować jedynie wtedy, gdy wprost zezwala na to przepis prawa.

Izba wskazuje również, że art. 20 Projektu transponuje do polskiego porządku prawnego art. 20 EKŁE, który odwołuje się do „informacji, w tym informacji o charakterze finansowym,

niezbędnych krajowym organom regulacyjnym, innym właściwym organom i BEREC do zapewnienia zgodności z przepisami niniejszej dyrektywy i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1971 44 lub przyjętych zgodnie z nimi decyzji lub opinii. Krajowe organy regulacyjne i, w razie konieczności ze względu na wykonywane zadania, inne właściwe organy mają prawo żądać od tych przedsiębiorstw w szczególności dostarczania informacji o przyszłym rozwoju sieci lub usług, który mógłby wywrzeć wpływ na usługi hurtowe udostępniane konkurentom przez te przedsiębiorstwa, a także informacji o sieciach łączności elektronicznej i urządzeniach towarzyszących, które są zdezagregowane na poziomie lokalnym i na tyle szczegółowe, aby zapewnić przeprowadzenie analizy geograficznej i określenie obszarów zgodnie z art. 22”.

Wydaje się zatem, że ustawodawca unijny obejmuje wezwaniem te informacje, które są niezbędne krajowym organom regulacyjnym w związku z wykonywaniem przez nie ich obowiązków sprawozdawczych.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 EKŁE „*Niezależnie od informacji wymaganych na podstawie art. 20 i obowiązku dostarczania informacji i sporządzania sprawozdań wynikającego z przepisów prawa krajowego, ale nie wynikającego z ogólnego zezwolenia, krajowe organy regulacyjne i inne właściwe organy mogą zażądać od przedsiębiorstw dostarczenia informacji w związku z ogólnym zezwoleniem, prawami użytkowania lub szczegółowymi obowiązkami, o których mowa w art. 13 ust. 2, które są proporcjonalne i obiektywnie uzasadnione, w szczególności w celach:*

*a) systematycznej lub dotyczącej konkretnych przypadków weryfikacji przestrzegania warunku 1 z części A, warunków 2 i 6 z części D oraz warunków 2 i 7 z części E załącznika I oraz przestrzegania obowiązków, o których mowa w art. 13 ust. 2;*

*b) dotyczącej konkretnych przypadków weryfikacji zgodności z warunkami określonymi w załączniku I, jeżeli złożono skargę lub właściwy organ miał inne powody, ażeby twierdzić, że dany warunek nie został spełniony, albo w przypadku dochodzenia prowadzonego przez właściwy organ z urzędu;*

*c) procedury i oceny wniosków o przyznanie prawa użytkowania;*

*d) publikacji zestawień dotyczących przeglądów jakości oraz cen usług, z uwagi na interes konsumenta;*

*e) jasno określone cele statystyczne, badawcze lub cele sprawozdawczości;*

*f) przeprowadzania analizy rynku dla celów niniejszej dyrektywy, w tym danych dotyczących rynków niższego szczebla lub rynków detalicznych związanych z rynkami poddawanymi analizie lub dotyczących tych rynków;*

*g) zagwarantowanie efektywnego użytkowania widma radiowego i zasobów numeracyjnych i zapewnienie skutecznego zarządzania nimi;*

*h) ocenę przyszłych zmian w dziedzinie sieci lub usług, które mogłyby mieć wpływ na usługi hurtowe udostępniane konkurentom, na zasięg terytorialny, na możliwości uzyskania dostępu do sieci przysługujące użytkownikom końcowym lub na określanie obszarów na podstawie art. 22;*

*i) prowadzenie analiz geograficznych;*

*j) udzielanie odpowiedzi na uzasadnione wnioski BEREC o udzielenie informacji.*

*Informacje, o których mowa w akapicie pierwszym lit. a) i b) oraz d)-j), nie mogą być wymagane przed uzyskaniem dostępu do rynku lub jako warunek dostępu do rynku.*

*BEREC może opracować wzory wniosków o informację, w razie potrzeby, aby ułatwić skonsolidowaną prezentację i analizę uzyskanych informacji”.*

Zdaniem Izby w zakresie weryfikacji zgodności zachowania przedsiębiorcy z przepisami prawa powinny znaleźć zastosowanie wyłącznie przepisy o kontroli. Prowadzenie kontroli działalności zgodnie z przepisami prawa ma cały szereg konsekwencji. Poczynając od kwestii natury formalnej (jak np. konieczność zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli) po kwestie mające istotne konsekwencje materialne (jak np. zakaz wykorzystania dowodów zgromadzonych z naruszeniem przepisów o kontroli). Bez zmiany przepisów w tym zakresie utrzymana prawdopodobnie zostanie praktyka, w ramach której Prezes UKE dokonuje ustalenia stanu faktycznego poza ramami jakiegokolwiek postępowania, zaś samo postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej ma charakter pozorny i sprowadza się do ustalenia wymiaru kary (najczęściej w sposób dowolny).

Warto również podkreślić rolę i charakter Konstytucji przedsiębiorców. Już w preambule ww. aktu prawnego wskazano, iż przy jego uchwaleniu kierowano się „zasadami konstytucyjnymi mającymi znaczenie dla przedsiębiorców i wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, w tym zasadami praworządności, pewności prawa, niedyskryminacji oraz zrównoważonego rozwoju, uznając, że ochrona i wspieranie wolności działalności gospodarczej przyczyniają się do rozwoju gospodarki oraz do wzrostu dobrobytu społecznego, dążąc do zagwarantowania praw przedsiębiorców oraz uwzględniając potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej w warunkach wolnej konkurencji”.

W uzasadnieniu projektu zaś podkreślono, że „Projekt ustawy - Prawo przedsiębiorców jest przedkładany przez Rząd RP jako jeden z centralnych elementów przebudowy i reformy prawno-instytucjonalnego otoczenia przedsiębiorców oraz wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Projekt stanowi realizację formułowanych w "Planie na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju" (przyjętym uchwałą nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r.) oraz "Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju" zapowiedzi uchwalenia nowego aktu prawnego, który będzie w sposób całościowy i spójny regulował ogólne zasady wykonywania działalności gospodarczej w Polsce i który - tworząc korzystne, przejrzyste i stabilne warunki do prowadzenia działalności gospodarczej oraz wzmacniając gwarancje wolności i praw przedsiębiorców - zmniejszy ryzyko biznesowe oraz zwiększy chęć przedsiębiorców do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w tym także ich chęć do ponoszenia ryzyka technologicznego związanego z realizacją innowacyjnych projektów”.

Podkreślono też, że Konstytucja to „akt prawny, który ma w sposób spójny, całościowy i konsekwentny uregulować w Polsce ogólne zasady oraz reguły podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej; projekt ten ma przy tym zawierać jedynie takie regulacje, które są rzeczywiście niezbędne dla instytucjonalnego wzmocnienia gwarancji wolności działalności gospodarczej oraz które będą dawały przedsiębiorcom wiarygodną i autorytatywną informację o ich rudymenarnych prawach i obowiązkach w ich stosunkach z organami władzy publicznej i innymi podmiotami prawa, w tym z innymi przedsiębiorcami oraz konsumentami. Równocześnie uznano, że cały szereg innych jeszcze instytucji lub regulacji prawnych związanych z działalnością gospodarczą z powodzeniem może zostać uregulowanych w ustawach odrębnych, tworzących razem z ustawą - Prawo przedsiębiorców tzw. Konstytucję Biznesu. W ten sposób ustawa - Prawo przedsiębiorców uzyska charakter aktu prawnego o charakterze bardziej czytelnym, przejrzystym i kompaktowym niż ma to miejsce w przypadku u.s.d.g., dzięki czemu m.in. łatwiej jej będzie utrzymać w przyszłości prymat nad innymi ustawami regulującymi problematykę działalności gospodarczej”.

Izba ufa, iż powyższe zasady i motywy pozostają aktualne. W związku z powyższym wnosimy o ograniczenie stosowania art. 20 Projektu, w szczególności poprzez ustalenie, iż weryfikacja

zgodności działania z przepisami prawa może następować wyłącznie w drodze postępowania kontrolnego. Izba wnosi również o ograniczenie liczby wezwań w ujęciu rocznym.

### **uchylenie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa**

Art. 23 Projektu powtarza rozwiązania wynikające z art. 9 PT, w tym również powiela błędy. Przepis przewiduje, że „Prezes UKE może uchylić zastrzeżenie w drodze decyzji, jeżeli uzna, że zastrzeżone części informacji lub dokumentu są niezbędne”.

Na wstępie należy zaznaczyć, że trudno ustalić, co należy rozumieć pod pojęciem „niezbędności”, która ma pozwalać na uchylenie zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby uchylenie zastrzeżenia może mieć miejsce tylko wtedy, gdy dana informacja nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie spełnia ona przesłanek wynikających z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Należy podkreślić, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa również znajduje swoją podstawę w rozwiązaniach unijnych, tj. transponowaną już dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem.

W motywie 14 preambuły dyrektywy wskazano, że:

*„Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Ponadto taki know-how lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową. Takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania. Definicja tajemnicy handlowej nie obejmuje nieistotnych informacji oraz doświadczeń i umiejętności, które zostały zdobyte przez pracowników w trakcie prowadzenia normalnej pracy, a także nie obejmuje informacji, które są powszechnie znane lub łatwo dostępne osobom z kręgów zajmujących się zwykle tym rodzajem informacji”.*

Izba zwraca również uwagę, że art. 23 powinien dotyczyć wyłącznie tych przypadków, w których zastrzeżenie informacji następuje poza postępowaniem administracyjnym (w innych przypadkach znajduje zastosowanie art. 388 Projektu).

### **Dział I Rozdział 5 Bezpieczeństwo sieci i usług oraz obowiązki na rzecz bezpieczeństwa państwa**

#### **definicja**

Izba zwraca uwagę, że Projekt odwołuje się w kontekście bezpieczeństwa sieci i usług do usług telekomunikacyjnych, podczas gdy EKŁE – do usług łączności elektronicznej (co obejmuje również wszystkie usługi łączności interpersonalnej, w tym również te, które nie wykorzystują numeracji). Powoduje to nieuprawnione zawężenie do usług telekomunikacyjnych i przedsiębiorców telekomunikacyjnych i zdjęcie odpowiedzialności z podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną (np. komunikatory typu Skype).

Dodatkowo ograniczenia w działalności mogą również dotyczyć podmioty którym udzielono pozwolenia radiowego. Podmioty te zostały systemowo wyłączone z realizacji obowiązków na

rzecz bezpieczeństwa państwa pomimo, iż niejednokrotnie wykonywać będą krytyczną łączność z punktu widzenia takiego bezpieczeństwa np. łączność ratunkowa morska, łączność dyspozytorska energetyczna.

### **odpłatność**

Izba postuluje wprowadzenie zasady odpłatności wszelkich świadczeń podejmowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych na potrzeby związane z realizacją zadań państwowych.

Zarówno obowiązujące jak i projektowane przepisy nakładają na przedsiębiorców telekomunikacyjnych wiele zadań na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa. Wykonywanie tych zadań wymaga ogromnych inwestycji, zatrudnienia wielu dodatkowych ludzi, a także istotnie zwiększa odpowiedzialność przedsiębiorców – uchybienia przy wykonywaniu tych zadań zagrożone są często sankcjami karnymi. Są to jednocześnie zadania związane z działalnością służb i organów powołanych do dbania o obronność i bezpieczeństwo państwa, które służą wszystkim obywatelom, wszystkim podatnikom. Z tych względów to Skarb Państwa powinien pokrywać koszty wykonywania zadań publicznych nałożonych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Warto podkreślić, że we wszelkich aspektach, w których przedsiębiorcy korzystają z szeroko rozumianych dóbr publicznych, muszą oni uiszczać z tego tytułu opłaty (korzystanie z numeracji, częstotliwości, zajęcie pasa drogowego, a nawet „korzystanie” z administracji publicznej – opłata telekomunikacyjna). Jednocześnie przedsiębiorstwa te mają na własny koszt realizować zadania, które w sposób oczywisty leżą w domenie Państwa.

Alternatywnie do zasady odpłatności Izba wnosi o stworzenie mechanizmu ulg, polegających na możliwości potrącenia kosztów związanych z realizacją opisywanych zadań np. od opłat za numerację lub częstotliwości.

### **precyzyjne określenie obowiązków**

Niezależnie od powyższego Izba wnosi o zmiany mające na celu doprecyzowanie obowiązków, tj.:

- enumeratywne wskazanie okoliczności, które przedsiębiorca musi wziąć pod uwagę (art. 40 ust. 1 Projektu);
- doprecyzowanie postanowień art. 41 ust. 2 pkt 4, poprzez dodanie wyrazu „bezpieczeństwa” po słowie „testowania”, gdyż monitorowanie czy testowanie może obejmować różne aspekty niekoniecznie związane z bezpieczeństwem;
- konkretne wskazanie wymagań dotyczących środków technicznych i organizacyjnych (art. 41 ust. 1 Projektu – pojęcia takie jak najnowocześniejsze osiągnięcia techniczne czy najlepsza wiedza stwarzają ryzyko dotyczące arbitralności oceny, czy wymogi zostały spełnione);
- uzupełnienie delegacji zawartej w art. 41 ust. 3 poprzez zmianę treści pkt 3 na następujący „3) określi zasady oceny stopnia ryzyka”, a dotychczasowy pkt 3 zmienić na pkt 4;
- określenie w Projekcie wyłączeń przedmiotowych i podmiotowych w zakresie ww. obowiązków (obecnie przewiduje się delegację do ewentualnego określenia wyłączeń w rozporządzeniu Rady Ministrów – art. 41 ust. 3 pkt 3) oraz art. 44 ust. 4 pkt 2 Projektu);
- wyłączenie dodatkowego uprawnienia Prezesa UKE dotyczącego weryfikacji prawidłowości wykonania obowiązków, w tym celu Prezes UKE powinien skorzystać z uprawnień kontrolnych (art. 41 ust. 4 Projektu); w następstwie należy z Projektu usunąć również art. 41 ust. 5 i ust. 6
- w związku z pojawieniem się w PKE nowych obowiązków wskazane byłoby, aby uzupełnić Projekt o postanowienia w zakresie możliwości zawieszenia świadczenia usług lub rozwiązania umowy z użytkownikiem lub umowy z przedsiębiorcom korzystającym z dostępu telekomunikacyjnego w trybie natychmiastowym w przypadku stwierdzenia

prób naruszenia bezpieczeństwa sieci lub systemów przez tego użytkownika lub przedsiębiorcę korzystającego z dostępu telekomunikacyjnego, np. na podstawie potwierdzonych przez jeden z krajowych CSIRT;

- proponujemy uprościć postanowienia art. 46 ust. 7 poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„7. Zapewnienie warunków dostępu i utrwalania powinno umożliwiać uprawnionym podmiotom dostęp do przekazów telekomunikacyjnych i danych bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub przy niezbędnym współudziale upoważnionych pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zapewniających dostęp do treści przekazów jedynie uprawnionemu podmiotowi.”*

Izba wnosi również o uwzględnienie w kontekście dalszych prac specyfiki związanej ze świadczeniem usług telefonii w technologii VoIP.

### **obowiązek informacyjny - art. 42 ust. 4 Projektu**

Przedsiębiorcy nie prowadzący działalności telekomunikacyjnej na rynkach detalicznych z natury rzeczy kierują swoje przekazy do uczestników rynku hurtowego tj. innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Obarczanie ich zatem obowiązkiem informacyjnym określonym w art. 42 ust. 4 nie jest zasadne. Dlatego Izba postuluje, aby art. 42 ust. 4 PKE nadać następujące brzmienie:

*„4. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, z wyłączeniem przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie prowadzącego działalności na rynku detalicznym, podaje do publicznej wiadomości informacje o incydencie bezpieczeństwa i jego wpływie na dostępność świadczonych usług jeżeli w jego ocenie ma on znaczący wpływ na świadczone usługi.”*

Dodatkowo nie jest jasne w jakim zakresie Przedsiębiorca telekomunikacyjny posiadający infrastrukturę krytyczną ma udzielać informacji o incydencie. Informacja taka bowiem może pozwolić zidentyfikować infrastrukturę krytyczną przy czym informacja taka objęta jest klauzulą „zastrzeżone” w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnej.

### **brzmienie art. 44 ust. 1 pkt 6,**

W zakresie proponowanego brzmienia art. 44 ust. 1 pkt 6, należy podkreślić, że potrzeba zmiany tego przepisu nie wynika z konieczności transpozycji postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej. Przepisy art. 44 nie stanowią więc implementacji EKŁE i ich ostateczny kształt pozostaje w gestii polskiego ustawodawcy. Należy podkreślić, że wprowadzenie do planu działań w sytuacjach szczególnych zagrożeń wymagań w zakresie „zapewnienia bezpieczeństwa łańcucha dostaw i usług serwisowych” nie wydaje się być także uzasadnione merytorycznie. Po pierwsze, kwestia ta jest co najwyżej pośrednio związana z zagadnieniem działań w sytuacjach szczególnych zagrożeń. Przede wszystkim jednak, przedsiębiorca telekomunikacyjny nie ma wpływu na zapewnienie bezpieczeństwa łańcucha dostaw i usług serwisowych albo co najwyżej ma wpływ ograniczony. Mogą jedynie dochować najwyższej staranności oraz rozpoznać i ocenić ryzyka związane z wyborem dostawców, a także podjąć działania ograniczające ryzyko.

Ponadto art. 44 ust. 1 pkt 6 posługuje się nowo dodanymi niejasnymi i niedookreślonymi pojęciami „system usług zewnętrznych” oraz „bezpośrednie inwestycje zagraniczne”, które nie zostały zdefiniowane w ustawie i będą rodziły problemy przy ich zastosowaniu. Jest to istotny mankament, jako że nowo wprowadzone pojęcia będą miały duże znaczenie dla oceny, czy plan spełnia wymogi ustawy. Wątpliwa jest również geneza zmian. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, dodany fragment „wynika z działań NATO dotyczących poprawy zdolności obronnych Sojuszu w zakresie zapewnienia ciągłości świadczenia łączności w państwach członkowskich”. Brak jest podstawy dla objęcia planu działaniami NATO, w sytuacji, gdy do



posiadania planu zobowiązani są przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi na rzecz wszystkich użytkowników w sferze cywilnej, a nie użytkowników rządowych, w szczególności podległych Ministrowi Obrony Narodowej.

Uzasadniona jest więc propozycja zmiany brzmienia tego przepisu poprzez zastosowanie obecnego brzmienia art. 176a ust. 2 pkt 8 ustawy Prawo telekomunikacyjne. Przepis ten obowiązuje już ponad 11 lat i sprawdził się w praktyce. Dotychczas nie zaistniała potrzeba jego zmiany.

### **wybrane obowiązki w zakresie bezpieczeństwa - art. 46 ust. 3 i 4 oraz art. 52 ust. 1 i ust. 9 Projektu**

Izba proponuje, aby obowiązek określony w art. 46 ust. 2 nie dotyczył przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzących wyłącznie działalność hurtową, tj. nie prowadzących działalności na rynku detalicznym. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący jedynie usługi hurtowe nie mają faktycznych możliwości realizacji tych obowiązków.

Z tych powodów Izba proponuje dodanie nowego ust. 4, odpowiednią zmianę ust. 3 i zmianę numeracji kolejnych ustępów art. 46

Art. 46 ust. 3: „Przedsiębiorca telekomunikacyjny, z zastrzeżeniem ust. 3 i art. 50 ust. 2 pkt. 2” dalej bez zmian.

Art. 46 ust. 4: „4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie prowadzącego działalności na rynku detalicznym.”

Izba proponuje również, aby obowiązek określony w art. 52 ust. 1 nie dotyczył przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzących wyłącznie działalność hurtową, tj. nie prowadzących działalności na rynku detalicznym. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący jedynie usługi hurtowe nie mają faktycznych możliwości realizacji tych obowiązków.

Z tych powodów Izba proponuje dodanie nowego ust. 9 i odpowiednią zmianę ust. 1 art. 52.

Art. 52 ust. 1: „1. Z zastrzeżeniem ust. 9 i art. 54 ust. 2 pkt 2, operator publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych są obowiązani na własny koszt:” (dalej bez zmian)

Art. 52 ust. 9: „9. Przepisu ust. 1 nie stosuje się do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie prowadzącego działalności na rynku detalicznym.”

### **blokowanie urządzeń**

Projekt zakłada obowiązek blokowania nie tylko terminali skradzionych (jak dotychczas) ale również zgubionych. Realizacja obowiązku generuje w sposób oczywisty koszty po stronie przedsiębiorców telekomunikacyjnych, bez należytego uzasadnienia. Izba wnosi o usunięcie ww. obowiązku lub wprowadzenie zasady odpłatności.

### **Dział VII Rozdział 4 Tajemnica komunikacji elektronicznej**

#### **uwaga ogólna**

W RODO, zgodnie z art. 1 ust. 1, ustanowione zostają przepisy o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz przepisy o swobodnym przepływie danych osobowych. Ponadto wskazane zostało, że RODO ma zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w sposób całkowicie lub częściowo zautomatyzowany oraz do przetwarzania w sposób inny niż zautomatyzowany danych osobowych stanowiących część zbioru danych lub mających stanowić część zbioru danych. Określa ono również zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych. Należy więc wskazać, że w sposób kompleksowy reguluje sposób przetwarzania danych osobowych w Unii Europejskiej, a ponadto jako rozporządzenie stosowane jest przez Państwa członkowskie wprost.

Wobec powyższego, wszelka próba odmiennego niż w RODO, uregulowania zagadnień dotyczących danych osobowych, o których mowa w uwagach szczegółowych, powinna zostać oparta na szczegółowej analizie dotyczącej proporcjonalności i adekwatności ewentualnie nakładanych obowiązków. W szczególności zgoda podmiotu danych, nie powinna być, wbrew art. 6 RODO, wyciągana przed szereg i traktowana odmiennie niż inne podstawy przetwarzania danych osobowych. W tym kontekście należy wskazać, że skorzystanie przez administratora z przesłanek legalizujących przetwarzanie danych osobowych innych niż zgoda obwarowane jest dodatkowymi wymaganiami i tak np. skorzystanie z przesłanki z art. 6 ust. 1 lit f) RODO “prawnie uzasadniony interes”, jest obwarowane przeprowadzaniem tzw. “testu równowagi”. Wobec tego należy wskazać, że korzystanie przez administratora z innych przesłanek legalizujących przetwarzanie danych osobowych nie odbywa się bezrefleksyjnie, a w żadnym wypadku nie można dojść do wniosku, że wyrażenie zgody przez podmiot danych jest “mocniejszą” przesłanką legalizującą przetwarzanie danych.

Podsumowując, w działalności telekomunikacyjnej w aspektach, w których telekomunikacje przetwarzają dane osobowe, powinny mieć zastosowanie w odpowiedni sposób przepisy RODO, jako w maksymalny sposób zabezpieczające interesy podmiotów danych. Wprowadzanie sektorowych przepisów regulujących te same kwestie, które reguluje RODO, jest niczym nieuzasadnione i sprzeczne z RODO, a biorąc pod uwagę fakt, że RODO jako rozporządzenie UE jest w hierarchii źródeł prawa wyżej niż ustawa Pt (projekt PKE) należy wskazać, że w sytuacji sprzeczności konkretnych regulacji, prymat będą miały regulowania RODO.

### **udzielenie zgody**

Projekt przewiduje, że zgody udzielone w niniejszym rozdziale mogą być udzielone wyłącznie przez użytkownika końcowego, podczas gdy ustawa – prawo telekomunikacyjne przewiduje w tym zakresie alternatywę „abonenta lub użytkownika końcowego”. W ocenie Izby rozwiązania zawarte w obecnie obowiązującej ustawie powinny zostać utrzymane, ponieważ definicja użytkownika końcowego nie pokrywa się z definicją abonenta.

W przypadku wyrażenia zgody w trakcie obowiązywania umowy – np. za pomocą internetowego serwisu samoobsługowego – dostawca usług nie może zweryfikować, czy takiej zgody udzielił użytkownik końcowy – czyli podmiot korzystający z usług dla zaspokojenia własnych potrzeb. Izba obawia się, że w praktyce definicja użytkownika końcowego może być rozumiana w taki sposób, że będzie się odnosić do osoby, która faktycznie korzysta z usług. W takim wypadku kwestionowane może być wyrażenie takiej zgody przez abonenta – osobę, która zawarła umowę i zarządza numerem w systemie samoobsługowym – ale faktycznie nie korzysta z numeru.

Izba postuluje zmianę poprzez wskazanie, że zgody przewidziane w niniejszym rozdziale mogą być udzielone przez „abonenta lub użytkownika końcowego”.

### **zakres danych osobowych**

Nowelizacja prawa telekomunikacyjnego w związku z RODO zmodyfikowała przepisy dotyczące tajemnicy telekomunikacyjnej oraz wykreśliła katalog danych osobowych, które operatorzy mogli przetwarzać na podstawie ustawy. Tajemnica telekomunikacyjna obejmuje dane dotyczące użytkownika, treść indywidualnych komunikatów, dane transmisyjne, dane o lokalizacji oraz dane o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci.

Autorzy PKE powtórzyli niestety niedoskonałość ostatniej nowelizacji prawa telekomunikacyjnego w zakresie tajemnicy telekomunikacyjnej.

W zakresie danych dotyczących użytkownika (wskazanych w art. 331 ust. 1 pkt. 1 PKE ) ustawodawca powtarza za prawem telekomunikacyjnym zapis „z zastrzeżeniem art. 333 ust. 2”.

Zapis art. 333 ust. 2, który wcześniej był katalogiem danych, które operatorzy mogli przetwarzać z mocy ustawy, został zmieniony nowelizacją prawa telekomunikacyjnego i obecnie brzmi: „Przetwarzanie danych osobowych użytkownika – innych niż wskazane w art. 331 ust. 1 pkt 2-5 – będącego osobą fizyczną odbywa się na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych”.

W opinii wielu autorów, stwierdzenie „z zastrzeżeniem” jest dość niefortunne i powoduje problemy interpretacyjne i wątpliwości, czy dane dotyczące użytkownika wchodzi w zakres tajemnicy telekomunikacyjnej, a jeżeli tak, to które. Na problem wskazywała chociażby Polska Izba Komunikacji Elektronicznej.

Warto zauważyć, że zwrot „z zastrzeżeniem” dla przeważającej części doktryny oznacza zawężenia przepisu i może skutkować „wyjęciem” danych dotyczących użytkownika spod ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej.

Dostawca usług telekomunikacyjnych musi chronić dane swoich abonentów, które są objęte tajemnicą telekomunikacyjną ze względu na jednoznaczne obowiązki wobec abonentów oraz na obowiązki regulacyjne (naruszenie tajemnicy telekomunikacyjnej jest mocno penalizowane przez regulatora – Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej).

Z tego względu, wątpliwości prawne, wprowadzone przez znowelizowany przepis są bardzo niekorzystne dla klientów a także dla dostawców usług telekomunikacyjnych, którzy z jednej strony działając w interesie zmuszeni są odmawiać wydania przedmiotowych danych, jednocześnie narażając się na błędną interpretację cytowanych przepisów.

Dotychczasowe orzecznictwo, wydawane jeszcze przed wejściem w życie RODO zdecydowanie bierze w obronę dane dotyczące użytkownika jako objęte tajemnicą telekomunikacyjną, dlatego to niefortunne wyłączenie ich spod ochrony nie znajduje uzasadnienia i wydaje się być błędem legislacyjnym wymagającym skorygowania.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2018 r. II SA/Wa 699/17 wspomniane wyżej przepisy Pt dotyczące tajemnicy telekomunikacyjnej, wyłączają stosowanie przepisów o ochronie danych osobowych w zakresie, w jakim przewidują dalej idącą ochronę danych osobowych.

Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, nie ma wątpliwości, że art. 159 ust. 1 Pt, przewiduje dalej idącą ochronę danych osobowych abonenta, niż przepisy RODO. W przywołanym orzeczeniu, istota sprawy sprowadza się zatem do oceny, czy operator sieci telekomunikacyjnej zasadnie odmówił podania danych osobowych swojego abonenta, odwołując się do tajemnicy telekomunikacyjnej i do oceny, czy ówczesny organ regulacyjny w zakresie ochrony danych osobowych (GIODO), rozpatrujący skargę na takie zachowanie operatora, zasadnie odmówił skarżącemu powołującemu się na ogóle przepisy o ochronie danych osobowych, wydania decyzji nakazującej operatorowi ujawnienia danych swojego abonenta.

W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, przepisy Pt przewidują dalej idącą ochronę danych osobowych abonentów objętych tajemnicą telekomunikacyjną, niż przepisy ogólne obowiązującej wówczas ustawy o ochronie danych osobowych (konkretnie art. 23 ust. 1). W takiej sytuacji, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 ówczesnej ustawy o ochronie danych osobowych, zastosowanie znajdują przepisy przewidujące dalej idącą ochronę danych osobowych.

Pogląd powyższy znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie innych sądów administracyjnych.

W wyroku NSA z dnia 21 lutego 2014 r., sygn. akt I OSK 2324/12 wskazano, że tajemnica komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych sięga tylko do granic kolizji z obowiązującym porządkiem prawnym. Gdy zaś zachodzi podejrzenie sprzeczności z nim, reguła ta musi ulec przed wyższym dobrem.

Z kolei tezy w wyroku NSA z dnia 26 stycznia 2009 r., sygn. akt I OSK 174/08 stanowią, że: „To, że w Prawie telekomunikacyjnym zawarte są uregulowania chroniące procesy przetwarzania danych osobowych objętych tajemnicą telekomunikacyjną (art. 159 ust. 2 i art. 161 ust. 2), nie oznaczają, że ustawa o ochronie danych osobowych nie znajduje zastosowania w całości. Wymienione przepisy ustawy Prawa telekomunikacyjnego wyłączają stosowanie ustawy o ochronie danych osobowych tylko w zakresie, w jakim przewidują dalej idącą ochronę danych osobowych od tej, jaka została zagwarantowana tą ostatnią ustawą. Przepis art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego jest przepisem przewidującym silniejszą ochronę danych, niż przepis art. 23 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych i dlatego to on znajdzie zastosowanie jako podstawa legalizująca przetwarzanie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną.”

Wymienione przepisy Pt, zdaniem NSA wyłączają stosowanie ustawy o ochronie danych osobowych tylko w zakresie, w jakim przewidują dalej idącą ochronę danych osobowych od tej, jaka została zagwarantowana tą ostatnią ustawą. W tym aspekcie wskazać także należy na wyrok NSA z dnia 10 października 2006 r., sygn. akt I OSK 1353/05 oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt II SA/Wa 779/16

Szczególnie przydatna do oceny niniejszego stanu faktycznego jest teza wyroku NSA z dnia 20 lutego 2013 r. sygn. akt I OSK 368/12, odnosząca się do zamiaru pozwania przed sąd cywilny osoby nieznannej z imienia i nazwiska, jako uzasadnionej potrzeby posiadania danych osobowych. NSA stwierdza tu, "iż przepisy odrębne, w rozumieniu art. 159 ust. 2 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego, muszą w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywać powody, dla których ochrona tajemnicy telekomunikacyjnej może zostać przełamana. Przykładem w tym zakresie mogą być przepisy ustawy z 1990 r. o Policji, np. art. 19 ust. 6 pkt 3 w zw. z art. 19 ust. 12 tej ustawy. Nie spełnia natomiast takich wymagań art. 29 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych, z uwagi na ogólny charakter i brak odwołania się do możliwości udostępnienia na jego podstawie danych stanowiących tajemnicę telekomunikacyjną."

Reasumując, ustawodawca, wprowadzając do systemu prawnego instytucję tajemnicy telekomunikacyjnej miał na celu nadanie jej szczególnego charakteru, zapewniającego dalej idącą ochronę niż ogólne przepisy o ochronie danych osobowych, dlatego dane dotyczące użytkownika jako dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną nie mogą zostać wyjęte z ochrony przez ogólne przepisy o ochronie danych osobowych. Z pewnością nie taka była intencja twórców RODO. Przytoczone powyżej orzecznictwo sądowe jednoznacznie potwierdza tę tezę, dlatego skorygowanie obecnego brzmienia przepisów Pt odnośnie tajemnicy telekomunikacyjnej w regulacjach PKE jest bardzo potrzebne.

W związku z powyższym Izba wnosi o usunięcie w art. 331 ust. 1 pkt 1 zastrzeżenia, oraz następującą modyfikację art. 333 ust. 2:

*„2. Przetwarzanie danych osobowych użytkownika, nie objętych tajemnicą komunikacji elektronicznej, będącego osobą fizyczną odbywa się na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych”.*

### **dane dotyczące płatności**

Zgodnie z art. 333 ust. 3 PKE „Przetwarzanie danych osobowych użytkownika będącego osobą fizyczną obejmujących numer konta bankowego, numer karty płatniczej, a także dane kontaktowe może się odbywać wyłącznie w związku ze świadczoną usługą oraz za zgodą tego użytkownika”.

Z uwagi na fakt, że osoby trzecie, tj. nie będące użytkownikiem końcowym, abonentem, regulują rachunki w imieniu tego użytkownika końcowego, abonenta, zasadnym jest aby obowiązek pozyskiwania zgody został usunięty.

W kontekście powyższego należy także zauważyć, że przepis art. 333 PKE jest odpowiednikiem art. 161 Pt. Zmodyfikowano jednakże obecny w art. 161 ust. 3 Pt, który brzmiał: *"Oprócz danych, o których mowa w ust. 2, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może, za zgodą użytkownika będącego osobą fizyczną, przetwarzać inne dane tego użytkownika w związku ze świadczoną usługą, w szczególności numer konta bankowego lub karty płatniczej, a także numery telefonów kontaktowych."* na *"Przetwarzanie danych osobowych użytkownika będącego osobą fizyczną obejmujących numer konta bankowego, numer karty płatniczej, a także dane kontaktowe może się odbywać wyłącznie w związku ze świadczoną usługą oraz za zgodą tego użytkownika."* W naszej opinii jest to działanie niczym nieuzasadnione (brak odpowiedniego wskazania w uzasadnieniu projektu PKE) ograniczenie możliwości przetwarzania danych osobowych przez telekomunikacyjne do wskazanych w proponowanym przepisie danych, a więc wyłącznie do: numeru konta bankowego, numeru karty płatniczej, danych kontaktowych, podczas gdy zmieniany przepis dawał możliwość przetwarzania również innych danych związanych ze świadczoną usługą.

### **dane dotyczące lokalizacji**

Zgodnie z art. 337 ust. 4 Projektu „Dane o lokalizacji mogą być przetwarzane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzrogaconej”.

W dobie transformacji cyfrowej, niezbędne jest usunięcie barier dla rozwoju Big Data. W kontekście rozwoju Big Data w Polsce istotne jest umożliwienie wykorzystania i przetwarzania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych zanonimizowanych/ poddanych pseudonimizacji danych transmisyjnych i o lokalizacji do celów statystycznych np. na potrzeby Smart Cities, administracji/samorządów, inteligentnych systemów transportowych, statystyki publicznej, procesów planistycznych, ochrony, czy też bezpieczeństwa.

Aby było to możliwe, należy zliberalizować przepisy PKE dotyczące przetwarzania danych o lokalizacji. Izba sugeruje, żeby możliwość przetwarzania danych o lokalizacji nie była uzależniana od konieczności świadczenia usługi o wartości wzrogaconej, który to warunek praktycznie uniemożliwia wykorzystywanie danych o lokalizacji nawet po uzyskaniu skutecznej zgody klienta.

### **dokument tożsamości**

Izba wnosi o uwzględnienie możliwości żądania i przetwarzania danych osobowych Abonenta wynikających z jego dokumentu tożsamości (np. skan dowodu osobistego). Izba zwraca uwagę na wątpliwości wynikające z RODO oraz stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych. Jednocześnie Projekt powiela rozwiązanie wynikające z obecnego PT, dotyczące obowiązku weryfikacji abonenta (domyślnym rozwiązaniem jest weryfikacja dokumentu tożsamości).

### **marketing bezpośredni**

Izba ma świadomość występujących na rynku nadużyć związanych z wykorzystywaniem telefonu w celach szeroko rozumianej sprzedaży na odległość. Jednocześnie projektowane rozwiązania zmierzają nie tyle do rozwiązania problemu, co praktycznego wyeliminowania tego kanału sprzedaży a tym samym zamrożenia dużej części rynku (nie tylko telekomunikacyjnego, ale również np. energetycznego).

Proponowane rozwiązania zakładają wymóg posiadania uprzedniej zgody pod rygorem kary pieniężnej w wysokości minimum 5 milionów złotych (w tym zakresie Izba przedstawi uwagi w dalszej części stanowiska).

Izba zwraca uwagę na dwie kluczowe kwestie, dotyczące tego, jak należy rozumieć pojęcie uprzedniości oraz tego, co jest marketingiem bezpośrednim.

Izba zwraca również uwagę, że naruszenie omawianego zakazu podlega zarówno obecnie jak i w projektowanych przepisach zarówno kompetencjom Prezesa UKE jak i Prezesa UOKiK. Co istotne, organy te prezentują odmienne stanowisko w przedmiocie interpretacji zakazu stosowania telefonicznego marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody użytkownika.

Prezes UOKiK przyjmuje, że przez marketing bezpośredni należy rozumieć działania skierowane do wybranego adresata, których celem jest promocja usług, nakierowane na osiągnięcie efektu handlowego w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi oferowane przez przedsiębiorcę (decyzja nr DOZiK 1/2019).

Prezes UOKiK przyjmuje zatem bardzo restrykcyjną definicję marketingu bezpośredniego uznając, że ponieważ cechą działań podejmowanych w celach marketingu bezpośredniego jest nakierowanie na osiągnięcie efektu handlowego, najczęściej w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi przedsiębiorcy, marketing bezpośredni obejmuje nie tylko działania o charakterze sprzedażowym, ale również jakiegokolwiek działania, które służą dostarczaniu informacji, jeśli ich końcowym efektem jest zainteresowanie adresata ofertą przedsiębiorcy.

Tym samym Prezes UOKiK traktuje jako marketing bezpośredni również sytuacje, gdy:

- kontakt ma na celu uzyskanie zgody na marketing bezpośredni, w tym na zaprezentowanie oferty;
- kontakt jest wykorzystywany do umówienia bezpośredniego spotkania z przedstawicielem handlowym, którego zadaniem jest przedstawienie oferty określonego produktu i zawarcie umowy;
- przedsiębiorca nawiązuje kontakt ze swoim klientem w celu zbadania jego potrzeb lub oczekiwań co do oferowanych przez przedsiębiorcę towarów lub usług;
- kontakt ma na celu informowanie o akcjach promocyjnych przedsiębiorcy, bez składania propozycji zawarcia umowy przez telefon;
- kontakt dotyczy zapowiedzi oferty.

Inne stanowisko prezentował Prezes UKE. W piśmie skierowanym do Stowarzyszenia Administratorów Bezpieczeństwa Informatyki z dnia 21 października 2015 r. Prezes UKE wskazał, że dopuszczalne jest uzyskanie zgody podczas rozmowy telefonicznej, a następnie kontynuowanie jej w celu przedstawienia oferty. Podobnie Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 4 stycznia 2019 r. (sygn. akt IV Ca 1873/16) stwierdził, że: *„Nie jest sprzeczne z art. 172 Prawa Telekomunikacyjnego wykonywanie przez pracowników pozwanej połączeń na losowo wybrane numery abonentów bez ich zgody w celu ustalenia, czy wyrażają oni zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego. Dopiero po wyrażeniu zgody strona prowadzi w stosunku do abonentów czynności polegające na marketingu bezpośrednim”*.

W ocenie Izby uznanie, że marketingiem bezpośrednim jest również rozmowa w celu uzyskania wymaganej, uprzedniej zgody na wykorzystanie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w celu marketingu bezpośredniego budzi poważne wątpliwości. Wydaje się, że wobec rezygnacji z formy pisemnej lub elektronicznej dla sposobu wyrażenia zgody (obecnie taka zgoda może być przekazana również w rozmowie telefonicznej) takie stanowisko jest zbyt daleko idące.

Izba stoi na stanowisku, że tak daleko idące zakazy, w istocie wykluczające możliwość wejścia na rynek bez posiadania sieci sprzedaży (w szczególności w przypadku kierowania oferty do

osób starszych, np. usług telefonii stacjonarnej czy sprzedaży energii) nie znajdują uzasadnienia. W szczególności trudno uznać, by sprzedaż w systemie door2door była mniej uciążliwa czy też generująca mniej ryzyk niż wykorzystanie telefonu. Obecnie i proponowane rozwiązania pozwalają zatem na wizytę bez zapowiedzi w domu użytkownika sankcjonując jednocześnie próbę rozmowy telefonicznej. Warto przy tym podkreślić, że o ile marketing telefoniczny jest w istocie zjawiskiem uciążliwym, to jednak wystarczy odłożyć słuchawkę, by uniknąć niechcianej rozmowy.

Izba postuluje doprecyzowanie przepisu i wskazanie, że (i) zgoda może być wyrażona w rozmowie telefonicznej oraz (ii) w przypadku uzyskania zgody można w tej samej rozmowie prowadzić działania marketingowe.

Izba kwestionuje również rozwiązanie, zgodnie z którym naruszenie zakazu ma każdorazowo być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od powyższego należy podkreślić nieprawidłową kwalifikację działań przedsiębiorcy, o których mowa w ust. 2, zawsze jako czyn nieuczciwej konkurencji, podczas, gdy działania z ust. 2 za uprzednią zgodą użytkownika końcowego są dopuszczalne i jako takie nie mogą stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo w przepisie powołany został nieprawidłowy publikator dotyczący ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że Rozporządzenie 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 (RODO) przykładą bardzo dużą wagę do posługiwania się jasnym i prostym językiem. W celu osiągnięcia tego celu niezbędne jest, aby te wymogi spełniały również przepisy prawa odnoszące się do tak istotnych kwestii jako zgody marketingowe. W celu maksymalizacji bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorcy często starają się, aby treść uzyskiwanych przez nich zgód możliwie jak najlepiej odzwierciedlała treść regulujących je przepisów. Jeśli przepisy są niejasne, podobnie niejasne będą stosowane przez przedsiębiorców klauzule zgody.

Z tego względu Izba proponuje szereg zmian, które mają na celu uproszczenie proponowanego przepisu, jak też dostosowanie go do oczekiwań branży.

W pierwszej kolejności sugerujemy usunięcie pojęcia niezamówionej informacji handlowej – mając na uwadze wskazane wyżej względy, wydaje się, że odniesienie się do marketingu bezpośredniego zapewnia odbiorcom wystarczającą ochronę. Z praktycznej perspektywy warto zauważyć jak posłużenie się tym pojęciem utrudniało konstrukcję tych przepisów, skoro w ust. 2 znalazła się oczywista omyłka, zgodnie z którą można wyrazić zgodę na otrzymanie niezamówionej informacji.

Proponujemy również, aby automatyczne systemy wywołujące jako odrębną kategorię narzędzi służących do marketingu bezpośredniego pozostawić wyłącznie dla połączeń głosowych. W praktyce jest to najbardziej inwazyjna forma marketingu bezpośredniego. W przypadku wiadomości SMS takie wyróżnienie jest bezcelowe, ponieważ praktycznie wszystkie kampanie SMS realizowane są w sposób automatyczny. Jeżeli użytkownik końcowy wyraża zgodę na otrzymywanie marketingowych SMSów, nie rozróżnia sytuacji, w której są one wysyłane ręcznie (przedsiębiorca wpisuje wiadomość w swoim telefonie i wysyła je do odbiorcy), a w której jest to wysyłka automatyczna. Brak tego doprecyzowania utrudnia formułowanie prostych zgód marketingowych, ponieważ obecne i proponowane brzmienie przepisów wymaga przywołania całkowicie niezrozumiałego dla odbiorców pojęcia „automatycznych systemów wywołujących”.

Jednocześnie przy okazji nowelizacji warto zawęzić proponowany przepis do osób będących osobami fizycznymi, czyli do stanu sprzed dość przypadkowych zmian związanych

z wdrożeniem dyrektywy 2011/83 o prawach konsumenta. Zgodnie z propozycją Izby dopuszczalne powinno być np. wysyłanie komunikatów marketingowych na ogólne adresy e-mail przedsiębiorców typu [biuro@firma.pl](mailto:biuro@firma.pl).

Konsekwentnie, zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 172 ustawy – prawo telekomunikacyjne, postulujemy, aby zgoda mogła być udzielona również przez abonenta (w praktyce dostawcy usług nie są w stanie rozróżnić kto udziela zgody).

Izba zwraca uwagę również na to, że w art. 343 ust. 4 zawiera się już w ust. 3, co nie jest prawidłowe z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej.

### **informacje w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym**

Zgodnie z art. 344 ust. 1 pkt 1 PKE „użytkownik końcowy zostanie uprzednio bezpośrednio poinformowany w sposób jednoznaczny, łatwy i zrozumiały, o:

- a) celu przechowywania i uzyskiwania dostępu do tej informacji,
- b) możliwości określenia przez niego warunków przechowywania lub uzyskiwania dostępu do tej informacji za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym przez niego telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi”.

Izba zwraca uwagę, że komentowany przepis posługuje się niesprecyzowanym pojęciem „bezpośredniego” poinformowania użytkownika końcowego. Nie wiadomo na czym takie bezpośrednie poinformowanie miałyby polegać, czy ustawodawca oczekuje wizyty u użytkownika końcowego, rozmowy telefonicznej czy innych działań, które w ocenie ustawodawcy mają przymiot bezpośredniości. Mając na względzie zasady techniki prawodawczej należy unikać w przepisach pojęć czy określeń, które niczego nie regulują lub stanowią *superfluum* ustawowe. W polskim porządku prawnym zasady składania oświadczeń woli reguluje art. 61 Kc według chwili, kiedy adresat takiego oświadczenia mógł się zapoznać z jego treścią.

W związku z powyższym Izba wnosi o usunięcie wymogu bezpośredniości.

Art. 344 ust. 3 pkt 2 PKE odwołuje się do „dostarczania usługi komunikacji elektronicznej, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego”.

Istotny błędem w omawianym przepisie jest pominięcie usług świadczonych drogą elektroniczną. Stosowanie technologii typu *cookies* jest typowe dla usług świadczonych drogą elektroniczną takich jak chociażby strony internetowe. Standardowym przypadkiem niezbędnych *cookies* są tzw. *cookies* sesyjne, które pozwalają na otrzymanie stanu zalogowania się użytkownika w trakcie przechodzenia do kolejnych stron internetowych. Pominięcie usług świadczonych drogą elektroniczną będzie istotnym argumentem przemawiającym za tezą, że regulacja dotycząca *cookies* dotyczy wyłącznie podmiotów świadczących usługi komunikacji elektronicznej – a warto przypomnieć, że takie tezy były stawiane w przeszłości. W związku z powyższym Izba wnosi o następującą zmianę pkt 2:

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

### **Dział VIII Rozdział 1 Organy właściwe w sprawach komunikacji elektronicznej i poczty**

Zgodnie z art. 358 ust. 1 Projektu „Organami właściwymi w sprawach:

- 1) telekomunikacji są minister właściwy do spraw informatyzacji i Prezes UKE;

Omawiany przepis zawiera błąd pojęciowy, bowiem zgodnie z nową siatką pojęciową, której zresztą odpowiada tytuł Działu VIII oraz Rozdziału I w miejsce organu właściwego w sprawach telekomunikacji powinien być organ właściwy w sprawach komunikacji elektronicznej.



### Dział VIII Rozdział 2 Działania kontrolne Prezesa UKE

Jak już wskazano powyżej, postępowanie kontrolne powinno być wyłącznym trybem weryfikacji przez Prezesa UKE zgodności zachowania przedsiębiorcy z przepisami prawa (oczywiście z wyłączeniem sytuacji, gdy Prezes UKE podjął stosowne informacje z innych źródeł czy też przy okazji wykonywania innych czynności).

Stosownie do art. 371 ust. 2 Projektu należy zastrzec by osoby przybrane do prowadzenia kontroli zobowiązały się do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotu kontrolowanego.

W odniesieniu natomiast do art. 372 Projektu powinien on gwarantować udział osoby upoważnionej podmiotu kontrolowanego w prowadzonych czynnościach.

### Dział VIII Rozdział 3 Postępowanie przed Prezesem UKE

Zdaniem Izby, jak wskazano w poprzednim stanowisku, procedura sądownoadministracyjna z jej ograniczeniami w szczególności w zakresie postępowania dowodowego (ograniczonego do ew. dowodu z dokumentu) powoduje, że ten środek odwoławczy nie spełnia unijnych wymagań. Izba postuluje utworzenie jednej ścieżki odwoławczej (odwołanie do SOKiK) przy jednoczesnym zapewnieniu Sądom środków niezbędnych dla możliwie szybkiego rozpatrywania spraw (zarówno w przypadku spraw rozpatrywanych przez sądy powszechne jak i administracyjne średni czas oczekiwania na prawomocne rozstrzygnięcie wynosi około 4 lat).

W ocenie Izby należy wprowadzić ustawową gwarancję iż sprawy odwoławcze do SOKiK powinny być rozpatrywane przez ten sąd w terminie do 6 miesięcy. Analogiczne gwarancje szybkich postępowań odwoławczych przed sądami okręgowymi posiadają np. sprawy o udzielenie zamówień publicznych rozpatrywane w pierwszej instancji przez Krajową Izbę Odwoławczą, które sąd okręgowy zobowiązany jest rozpatrzyć w terminie 1 miesiąca.

Jednocześnie, dostrzegając pewne zalety możliwości ponownego rozstrzygnięcia sprawy przez Prezesa UKE (i skorygowania ew. błędów) należy zapewnić postępowanie konsultacyjne w przypadku wszystkich spraw podlegających dotychczas sądownoadministracyjnej ścieżce odwoławczej.

Jednocześnie Izba wnosi o przedłużenie terminu na wniesienie odwołania do 30 dni (analogicznie do odwołania od decyzji Prezesa UOKiK) oraz zakreślenie Prezesowi UKE terminu na przekazanie do sądu odwołania wraz z aktami. Pozbawia to możliwości szybkiej kontroli legalności rozstrzygnięcia, co jest szczególnie istotne z uwagi na natychmiastową wykonalność decyzji Prezesa UKE.

### Dział IX Przepisy karne i kary pieniężne

Izba zwraca uwagę, że wszystkie normy o charakterze sankcyjnym są skonstruowane w sposób nieproporcjonalny. Izba zwraca uwagę w szczególności na następujące kwestie:

- 1) Domyślny tryb nałożenia kary po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego;
- 2) Obligatoryjne nałożenie kary;
- 3) Obliczanie wymiaru kary na podstawie całego przychodu a nie przychodu z działalności telekomunikacyjnej;
- 4) Minimalna kara za naruszenie zakazu marketingu bezpośredniego.

Ad. 1)

Zgodnie z art. 379 ust. 1 Projektu „Jeżeli w wyniku kontroli, o której mowa w art. 367 ust. 1, stwierdzono, że podmiot podlegający kontroli, zwany dalej „podmiotem kontrolowanym”, nie wypełnia odnoszących się do niego obowiązków wynikających z przepisów prawa lub decyzji wydanej przez Prezesa UKE, Prezes UKE:

1) nakłada karę, o której mowa w art. 392, w przypadku stwierdzenia naruszeń wskazanych w tym przepisie, niezależnie od prowadzonego wobec tego podmiotu postępowania pokontrolnego, lub

2) wydaje zalecenia pokontrolne, w których wzywa podmiot kontrolowany do usunięcia nieprawidłowości lub udzielenia wyjaśnień oraz informuje o możliwości przedstawienia stanowiska odnośnie do stwierdzonych naruszeń”.

Pierwszym rozwiązaniem wynikającym z Projektu jest zatem nałożenie kary pieniężnej.

Zdaniem Izby następstwem stwierdzenia ewentualnych uchybień powinno być wydanie zaleceń pokontrolnych oraz, w konsekwencji, usunięcie naruszeń. Ustawa powinna być nakierowana na osiągnięcie stanu zgodności z przepisami prawa, a nie penalizację każdego uchybienia. Dopiero przypadki większej wagi, kwalifikowane (np. recydywa lub umyślność) powinny uprawniać Prezesa UKE do nałożenia kary pieniężnej.

Ad. 2)

Zgodnie z art. 392 ust. 1 Projektu, analogicznie do art. 209 ust. 1 PT, stwierdzenie wskazanego w przepisie deliktu tworzy obowiązek nałożenia kary pieniężnej, co z samej istoty kłóci się z konstytucyjną zasadą proporcjonalności. W opinii Izby przepis powinien zostać skonstruowany analogicznie do przepisu art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którym:

*„Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie: [...]”*

Obligatoryjność nakładania kar pieniężnych przez regulatora rynku telekomunikacyjnego nie znajduje wytłumaczenia, pozostając w sprzeczności nie tylko z zasadami konstytucyjnymi, lecz także z zasadami ekonomiki postępowania (decyzje Prezesa UOKiK, w których nie nałożono kary pieniężnej, rzadko zaskarżane są do sądu. Trudno przy tym postawić Prezesowi UOKiK zarzut braku skutecznych działań, w szczególności zważywszy na bardzo dużą aktywność ogólnego regulatora rynku w sektorze telekomunikacji.

Projektowany ust. 3 nie jest wystarczającym rozwiązaniem, ponieważ nie znajduje zastosowania w wielu przypadkach, w tym w sytuacji, w której przedmiotem decyzji Prezesa UKE jest jednostkowe naruszenie (sprzeczność z prawem w jednostkowej sprawie często nie może zostać naprawiona).

Ad. 3)

Projekt podtrzymuje obecnie funkcjonujące rozwiązanie, zgodnie z którym maksymalna wysokość kary wynosi 3% przychodu uzyskanego przez dane przedsiębiorstwo. To zatem cały przychód stanowi punkt odniesienia przy obliczeniu kary pieniężnej. Zdaniem Izby takie rozwiązanie jest nieproporcjonalne i dyskryminujące podmioty działające na innych rynkach (w porównaniu np. z grupami kapitałowymi).

Izba wskazuje, że domyślnym rozwiązaniem w ramach sektora energetycznego i pocztowego jest powiązanie wysokości kary z przychodem sektorowym. Izba wnosi o uwzględnienie takiego podejścia w Projekcie.

Ad. 4)

Projekt zakłada, że w przypadku naruszenia zakazu marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody użytkownika kara pieniężna wynosi minimum 5 milionów złotych, zaś przesłanki wymiaru kary nie znajdują zastosowania.

Jest to rozwiązanie niespotykane w podobnych aktach prawnych, które w opinii Izby nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia (przy czym próba wytłumaczenia przepisu nie znalazła się w uzasadnieniu projektu). Rozwiązanie to jest oczywiście sprzeczne z Konstytucją RP jako nieproporcjonalne, sankcje przewidziane w prawie administracyjnym przewidują zasadniczo jedynie maksymalny limit możliwej do nałożenia kary.

Trzeba mieć na uwadze, że w działaniach w zakresie marketingu bezpośredniego trudno czasem ustrzec się wysłania komunikatu marketingowego do osoby, która nie wyraziła zgody. Z uwagi na przenośność numerów normalnym zjawiskiem jest dezaktualizacja zgromadzonych baz marketingowych. Nawet stosowanie praktyk polegających na aktualizacji zgód nie wykluczy naruszenia, ponieważ tylko weryfikacja aktualności zgody przed każdą wysyłką komunikatu dałaby absolutną pewność (odpowiedzialność z tytułu deliktów administracyjnych nie wymaga wykazania winy). Taki scenariusz jest przy tym hipotetyczny, zważywszy na jego uciążliwość dla odbiorców, jak też brak całkowitej pewności co do jego zgodności z prawem zważywszy na stanowisko niektórych organów co do niedopuszczalności posłużenia się telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym w celu uzyskania zgody na marketing bezpośredni.

### **Dodatkowe uwagi**

Niezależnie od powyższego Izba pragnie przedstawić dodatkowe postulaty związane z sankcjonowaniem ewentualnych naruszeń sektorowych:

- 1) Wprowadzenie instytucji czynnego żalu w stosunku do obowiązków sprawozdawczych;
- 2) Wprowadzenie szczególnego terminu przedawnienia deliktów administracyjnych;
- 3) Wprowadzenie sektorowych interpretacji indywidualnych;
- 4) Wprowadzenie zasad obliczania kar pieniężnych;
- 5) Wprowadzenie możliwości zastąpienia kary pieniężnej zobowiązaniem do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków;
- 6) Wyłączna kompetencja Prezesa UKE dla sankcjonowania sektorowych naruszeń prawa
- 7) Możliwość złożenia wniosku o wszczęcie postępowania kontrolnego lub w sprawie nałożenia kary pieniężnej;
- 8) Penalizacja naruszenia obowiązku dostępu do nieruchomości.
- 9) Penalizacja zachowań polegających na odmowie współdziałania celem uzyskania pozwolenia radiowego w odniesieniu do podmiotów które wspólnie uzyskały rezerwację częstotliwości np. odmowę udzielenia upoważnienia niezbędnego do uzyskania pozwolenia radiowego.

Ad. 1)

Izba wnosi o wprowadzenie instytucji czynnego żalu w stosunku do obowiązków sprawozdawczych. Mnogość tych obowiązków powoduje, że mogą zdarzać się przypadki niewielkich opóźnień, w istocie niezauważalnych i pozostających obojętnymi z punktu widzenia realizacji zadań Prezesa UKE. Tym samym sytuacja, w której (i) obowiązek ten zostanie już wykonany, (ii) przedsiębiorca ujawni Prezesowi UKE fakt spóźnienia zanim (iii) Prezes UKE dokona wszczęcia postępowania w sprawie kary, powinny powodować, że przedsiębiorca nie ponosi odpowiedzialności.

Ad. 2)

Wynikające z KPA zasady przedawnienia są zbyt długie w kontekście działalności telekomunikacyjnej. Regulacja rynku telekomunikacyjnego jest tak rozbudowana i na tyle dynamicznie ulegająca zmianom, że należy w tym zakresie wprowadzić krótszy termin

przedawnienia karania deliktów administracyjnych. Izba wnosi o sformułowanie terminu 1 roku od ustania stanu naruszenia.

Ad. 3)

Jak wspomniano powyżej, przedsiębiorcy telekomunikacyjni zmuszeni są do funkcjonowania w coraz bardziej rozbudowanym prawnie środowisku regulacyjnym, podlegającym wielu rygorom karnoadministracyjnym.

Wielokrotnie wprowadzane rozwiązania są sformułowane w taki sposób, że trudno w sposób jednoznaczny przesądzać, czy dane zachowanie będzie uznane za zgodne z prawem. Przepisy prawa przewidują instytucję interpretacji indywidualnych związanych z podatkami czy innymi daninami publicznymi. Zdaniem Izby fakt, że naruszenie danego przepisu powoduje czy też może powodować nałożenie kary pieniężnej tworzy związek z daninami publicznymi. Tym samym ustawodawca powinien zapewnić przedsiębiorcy instrument weryfikacji abstrakcyjnej, czy dane zachowanie będzie traktowane jako zgodne/niezgodne z określonym przepisem (na kształt obecnych rozwiązań podatkowych).

Oczywiście, interpretacja powinna być wiążąca jednostronnie, tj. zachowanie zgodne z wydaną interpretacją nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla przedsiębiorcy.

Ad. 4)

Obecne dyrektywy wymiaru kary pieniężnej są zbyt ogólne i odwołują się do zakresu naruszenia, dotychczasowej działalności podmiotu oraz jego możliwości finansowych. Prowadzi to do praktyki, zgodnie z którą kary ustalane są w sposób dowolny. Zdaniem Izby punktem odniesienia powinna być praktyka Prezesa UOKiK, który ma ugruntowaną praktykę, zgodnie z którą znane są bazowe wskaźniki kar oraz czynniki powodujące obniżenie lub podwyższenie wysokości kary (o określony procent). Takie zasady powinny zostać ujęte w Projekcie.

Ad. 5)

Zdaniem Izby nowa regulacja telekomunikacyjna powinna również uwzględnić rozwiązanie nawiązujące do art. 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. możliwość zobowiązania się przedsiębiorcy do podjęcia określonych działań mających na celu usunięcie skutków naruszenia prawa przy jednoczesnym uniknięciu kary pieniężnej.

Takie rozwiązanie jest o tyle dobre, że koncentruje się na samym naruszeniu i zabezpieczeniu interesów ewentualnie pokrzywdzonych deliktem, podczas gdy kara pieniężna realizuje wyłącznie cele represyjno-fiskalne.

Jednocześnie, skoro istnieje możliwość uniknięcia regulacji czy niektórych opłat w przypadku zobowiązań o charakterze inwestycyjnym to tym bardziej wydaje się to zasadne w przypadku ewentualnych, często nieumyślnych naruszeń prawa.

Ad. 6)

Jak wskazano powyżej zdarzają się przypadki odmiennych ocen tych samych zachowań przez Prezesa UKE oraz Prezesa UOKiK. To samo zachowanie zatem zostanie uznane w jednym przypadku za zgodne z prawem a w innym – za jego naruszenie. Izbie znane są tego typu przypadki, w naszej ocenie są one nie do pogodzenia z zasadą demokratycznego państwa prawa.

Zdaniem Izby w przypadku naruszeń mających charakter sektorowy wyłącznie właściwym organem, również w przypadku zachowań, które mogą być uznane za praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, powinien być Prezes UKE, który lepiej orientuje się w specyfice regulacji rynku telekomunikacyjnego. Takie podejście jest również zgodne z postulatem zapewnienia interpretacji indywidualnych.

Ad. 7)

Izba dostrzega również konieczność usankcjonowania proceduralnego sytuacji, w której kontrola czy też postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej odbywa się na wniosek przedsiębiorcy. Takie przypadki występują już obecnie, jednak brak jest przepisów regulujących takie przypadki (są one wszczynane de iure z urzędu, a de facto – na wniosek).

Ad. 8)

Izba nie znajduje uzasadnienia dla odmiennego potraktowania naruszenia obowiązku zapewnienia dostępu do nieruchomości, o którym mowa w art. 30 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Nałożenie kary pieniężnej uzależnione jest od tego, czy przemawia za tym charakter lub zakres naruszenia. W ocenie Izby akurat obowiązek zapewnienia dostępu jest absolutnie kluczowy dla rozwoju rynku telekomunikacyjnego.

Ad. 9)

Izba wskazuje, że wykonanie szeregu decyzji administracyjnych wydanych na zasadach współużytkowania pasma wymaga współdziałania podmiotów którym udzielono decyzji rezerwacyjnej. Zabezpieczenie takiego współdziałania np. podejmowanie czynności niezbędnych do uzyskania pozwolenia radiowego powinno być zabezpieczone przepisami karno-administracyjnymi.

### **Pojęcie tajemnicy komunikacji elektronicznej**

Zgodnie z art. 392 pkt 68 i 70 PKE karze podlega podmiot, który:

- 68) narusza obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 331,
- 70) przetwarza dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną, dane abonentów lub dane użytkowników końcowych nie mając ku temu podstawy prawnej.

Omawiane przepisy zawierają błędy pojęciowe, bowiem zgodnie z nową siatką pojęciową, PKE nie reguluje już tajemnicy telekomunikacyjnej a tajemnicę komunikacji elektronicznej.

*z poważaniem*

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński