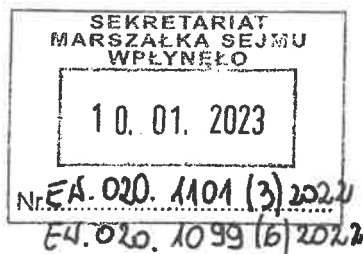




LEWIATAN



Warszawa, 10 stycznia 2023 r.
KL/21/8/AM/2023

Pani
Elżbieta Witek
Marszałek Sejmu
Sejm RP

Pan
Jan Grabiec
Przewodniczący Komisji Cyfryzacji, Innowacyjności i Nowoczesnych Technologii
Sejm RP

Szanowni Państwo,

W związku ze skierowaniem do rozpatrzenia przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej rządowych projektów ustaw:

- projektu ustawy - Prawo komunikacji elektronicznej oraz
- przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej,

Konfederacja Lewiatan, w załączeniu, przekazuje stanowisko do projektów ustaw.

Z poważaniem

Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Do wiadomości:

1. Pan **Janusz Cieszyński** – Sekretarz Stanu, Pełnomocnik Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
2. Pani **Marzena Sawicka** – Dyrektorka Departamentu Telekomunikacji – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Załącznik: Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy - Prawo komunikacji elektronicznej oraz przepisów wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej (druki sejmowe nr 2861 i odpowiednio 2862)

WYDZIAŁ OBSŁUGI PREZYDIUM SEJMU
L. dz. SP5-WP.020.337.8.2022
Data wpływu SP5-WP.020.340.10.2022
10.01.2023

Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy - Prawo komunikacji elektronicznej oraz przepisów wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej (druki sejmowe 2861 i odpowiednio 2862)

Uwagi do projektu ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej w zakresie proponowanych zmian w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1722) („Projekt”)

W świetle trwających od ponad 2 lat prac nad transpozycją do polskiego porządku prawnego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej EKŁE), poprzez *projekty ustaw prawo komunikacji elektronicznej* (dalej PKE) oraz *ustawy wprowadzającej PKE* (dalej uwPKE), wyrażamy swoje głębokie zaskoczenie i oburzenie faktem dodania na ostatnim etapie prac rządowych, bez jakichkolwiek konsultacji ze stroną społeczną, szeregu dodatkowych przepisów dotyczących zmian w *ustawie o radiofonii i telewizji* (dalej urtv), które skutkować będą diametralną zmianą zasad funkcjonowania rynku telewizyjnego w Polsce i koniecznością jego przebudowy od podstaw.

Taki tryb stanowienia prawa jest sprzeczny z wszelkimi zasadami transparentnego i uczciwego procesu legislacyjnego. Przepisy mające ogromny wpływ zarówno na przedsiębiorców zobowiązanych, jak też odbiorców ich usług powinny podlegać szerokim konsultacjom publicznym i spotkaniom warsztatowym celem wypracowania przemyślanych rozwiązań nie naruszających zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej i uwzględniających realia ekonomiczne oraz technologiczne. Zmiany tak dużego kalibru z pewnością wymagają także przeprowadzenia rzetelnej oceny skutków regulacji, uwzględniającej wpływ na przedsiębiorców, właścicieli praw licencyjnych, konsumentów oraz Skarb Państwa.

I. Uwagi ogólne

Szereg aspektów objętych proponowanymi zmianami ma charakter zdecydowanie nadmiarowy, nieproporcjonalny oraz daleko wykraczający nie tylko poza potrzebę, cel i zakres zmian, jakie powinna obejmować ustawa wprowadzająca, ale również poza zakres samej Dyrektywy EKŁE (albo jest z nią niezgodna), do implementacji której jest zobowiązany polski ustawodawca. Taki charakter mają w szczególności przepisy ingerujące w zasady kształtowania oferty usług telewizyjnych w relacji nadawca - operator oraz operator – abonent.

Jeśli projekt zmian do urtv w obecnym kształcie miałby stać się obowiązującym prawem, to kosztami realizacji wprowadzonych w nim zapisów zostaną obciążeni przede wszystkim obywatele – odbiorcy usług telewizyjnych, którzy w ramach wyższych opłat za te usługi będą musieli finansować koszty przebudowy i funkcjonowania systemów obsługi stosowanych przez



operatorów w konsekwencji przewidzianej w projekcie ingerencji w konstrukcję ich oferty handlowej, czy też koszty utrzymania dodatkowych kanałów telewizji publicznej na satelicie (o czym szczegółowo niżej).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, uważamy, że konieczne jest zaniechanie prac nad nowelizacją urtv zawartą w art. 10 pkt 8) i 9) uwPKE. Wszelkie przewidziane w projekcie regulacje wykraczające poza EKŁE, w szczególności przewidujące wręcz rewolucyjne dla funkcjonowania rynku telewizyjnego regulacje niezwiązane przedmiotowo i nieprzewidziane w EKŁE, powinny zostać wyłączone z zakresu procedowania zmian i poddane szerokim konsultacjom rynkowym. W demokratycznym państwie prawa jego stanowienie nie powinno odbywać się przy całkowitym pominięciu głosu interesariuszy rynku, będących adresatami projektowanych zmian. Wobec powyższego wnioskujemy o usunięcie z projektu wPKE zmian wskazanych w art. 10 pkt 8) i 9) uwPKE dotyczących urtv.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego postulatu, przedstawiamy uwagi szczegółowe do tych przepisów.

II. Uwagi szczegółowe do art. 10 pkt 8) i 9) uwPKE zmieniających urtv

1. Zmiany w zakresie programów objętych obowiązkiem *must carry/must offer* oraz EPG (art. 43 urtv) – arbitralność KRRiT i skutki dla branży

1.1 Sposób ustalania listy programów *must carry/must offer*

Projektowane zmiany wprowadzają ustawową listę 5 programów TVP objętych regułą *must carry/must offer*, zawierającą: ogólnokrajowe programy tematyczne I II, wyspecjalizowany program informacyjno-publicystyczny, program o tematyce kulturalno-artystycznej oraz program regionalny właściwy dla danego obszaru.

W pozostałym zakresie, lista programów *must carry/must offer*, dodatkowych do powyższych 5 programów wskazanych ustawowo, ma zależeć od dyskrejonalnej decyzji regulatora – KRRiT, który ma zostać uprawniony do wskazania, w drodze rozporządzenia, według nieostrych kryteriów, maksymalnie 30 programów *must carry/must offer*, w tym:

- programów TVP skierowanych do odbiorców za granicą oraz realizujących misję publiczną określonych w karcie powinności (wskazanych art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 urtv) dostępnych drogą rozsiewczą naziemną;
- innych programów uznaniowo wskazanych przez KRRiT, którymi mogą być także programy TVP.

Oznacza to łącznie 35 programów objętych zasadą *must carry/must offer*.

Kryteria wyboru programów objętych ww. zasadą pozostawiają KRRiT duży zakres dyskrejonalności, nad którą prawodawca nie przewidział żadnych mechanizmów

kontrolnych. Poprzedzenie wyboru publicznymi konsultacjami nie ma żadnego waloru prawnego, skoro takie konsultacje nie są wiążące dla KRRiT, a jak pokazuje praktyka, ich wyniki są w dużej mierze lekceważone przez organy regulacyjne.¹

Co więcej, proponowane uprawnienie regulatora do określania listy programów *must carry/must offer* w drodze rozporządzenia wiąże się bezpośrednio z możliwością arbitralnej zmiany tej listy przez regulatora, poprzez zmianę rozporządzenia. Nowo proponowane przepisy nie przewidują wprost żadnych jasnych uregulowań w zakresie dopuszczalnej częstotliwości wprowadzania zmian do listy programów *must carry/must offer* ustalonej rozporządzeniem KRRiT, a tym samym okresu, w czasie którego ustalona rozporządzeniem KRRiT lista programów *must carry/must offer* nie może podlegać zmianom, co ma niebagatelny wpływ na działalność operatorów, a także nadawców.

W konsekwencji, proponowane rozwiązanie wiąże się z dużą niepewnością z uwagi na wpływ takich zmian na listę programów gwarantowanych oferowanych odbiorcom końcowym (konsumentom). Skutkować to może przyznaniem odbiorcom końcowym możliwości bezkosztowego wypowiedzania umów na dostarczanie programów, zawartych przez nich z operatorami rozprowadzającymi programy, z uwagi na zmiany ofert operatorów wymuszonych odgórną decyzją KRRiT.

Nie można też pominąć faktu, że na skutek proponowanych zmian do urtv nadawcy telewizyjni stawiani byłiby w sytuacji dużej niepewności, czy i kiedy mogą zostać objęci regułą *must carry/must offer*, co nabiera szczególnie istotnego znaczenia w obliczu trwającego kryzysu gospodarczego, wysokiej inflacji i cen energii.

Ponadto, tak skonstruowany projekt zmian do urtv pozwala na objęcie regułą *must carry/must offer* programów dotychczas płatnych. Projekt zmian do urtv sprowadza się więc do tego, że to państwowy regulator może wskazać nadawcy prywatnemu model biznesowy, w jakim ma on działać.

Narzucenie statusu programu *must carry/must offer*, zwłaszcza w obliczu nieostrych kryteriów wyboru programów oraz braku możliwości przewidzenia przez nadawców i operatorów zakresu oraz częstotliwości zmian listy programów *must carry/must offer*, stanowi tak dalece idące ograniczenie swobody działalności gospodarczej nadawców i operatorów, że nie może być ono regulowane rozporządzeniem KRRiT wydanym w oparciu o niedookreślone przesłanki zawarte w delegacji ustawowej. Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne i proporcjonalne. Tym samym, przekazanie takich decyzji do kompetencji KRRiT jest sprzeczne z Konstytucją RP.

Należy też podkreślić, że rozszerzenie listy programów *must carry/must offer* na programy TVP skierowane do odbiorców za granicą oraz programy realizujące misję publiczną określone

¹ Przykładowo konsultacje KRRiT w sprawie wyłączenia radiofonii analogowej, czy też konsultacje UKE w sprawie reformingu.



w karcie powinności (wskazane w art. 26 ust. 2 pkt 2 i 4 urtv) dostępne drogą rozsiewczą naziemną, które według propozycji zmiany do urtv muszą znaleźć się w rozporządzeniu KRRiT ustalającym tę listę, oznacza w praktyce rozciągnięcie aktualnego obowiązku rozprowadzania 3 podstawowych programów TVP przez operatora satelitarnego na kolejnych kilkanaście kanałów TVP (nie licząc dodatkowych 15 programów regionalnych TVP), o czym będzie mowa szczegółowo niżej.

Powyższa propozycja wpisuje się w odzwierciedlony w projekcie przejaw uprzywilejowania pozycji telewizji publicznej, realizowanego poprzez nieuzasadnione i skrajnie nieproporcjonalne obciążenie branży operatorów i, w konsekwencji, odbiorców usług telewizyjnych, całym ciężarem tej koncepcji.

Należy mieć na uwadze, że zastosowany instrument prawny pozostaje w zgodzie z zasadą proporcjonalności, jeżeli jest odpowiedni i konieczny dla realizacji określonego celu oraz proporcjonalny w stosunku do wymaganych ograniczeń. Zastosowanie bardziej restrykcyjnego środka, niż jest to konieczne, oznacza naruszenie zasady proporcjonalności i skutkuje brakiem legalności działania władzy publicznej, co w konsekwencji uprawnia podmiot gospodarczy do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym do państwa.

Tymczasem, proponowane przepisy naruszają też zasadę proporcjonalności wyraźnie wpisaną w EKŁE oraz nie wpisują się w wyrażone w motywach 308 i 309 EKŁE założenia ustawodawcy unijnego odnoszące się do *must carry /must offer*: „Zobowiązania te powinny być sformułowane w taki sposób, aby dostarczyć wystarczających zachęt do wydajnych inwestycji w infrastrukturę.”.

Jednocześnie docelowe objęcie obowiązkową transmisją w sumie nawet kilkudziesięciu programów telewizji publicznej stanowi zdecydowane wypaczenie zasady proporcjonalności, która jest jedną z najistotniejszych zasad prawa UE, wyrażoną zresztą wprost w art. 114 EKŁE. Kolejnym istotnym elementem proponowanych zmian do urtv, którego nie można pominąć, jest przyznanie KRRiT uprawnienia do fakultatywnego nakładania, w drodze rozporządzenia, obowiązku *must carry* na inne niż wskazane bezpośrednio w ustawie rodzaje podmiotów rozprowadzających programy. Takie rozwiązanie w sposób nieuzasadniony poszerza zakres uznaniowości regulatora, w którego wyłącznej gestii pozostanie decyzja określająca docelowo zakres podmiotowy zasady *must carry*. Propozycja taka zakłóca stabilność otoczenia regulacyjnego, niezbędną do bezpiecznego prowadzenia działalności przez podmioty funkcjonujące na rynku usług telewizyjnych.

Wniosek: Wobec powyższego, programy objęte zasadą *must carry/must offer* oraz podmioty objęte zasadą *must carry*, a tym samym zmiany w zakresie listy takich programów oraz podmiotów objętych obowiązkiem *must carry*, powinny być wskazywane w ustawie, a nie poprzez arbitralne decyzje regulatora (KRRiT) poprzez wydawane przez regulatora akty wykonawcze.

1.2 Kolejność programów w elektronicznym przewodniku po programach (art. 43 urtv)

Według proponowanych zmian do urtv, regulator miałby możliwość nie tylko ustalania listy programów *must carry/must offer* i jej zmian w trybie rozporządzenia, ale także arbitralnego przyznawania tym programom, a wobec tego również programom komercyjnym objętym zasadą *must carry/must offer*, miejsca w układzie programów w elektronicznym przewodniku po programach EPG (w ofercie operatorów).

Najwcześniejsze i najbardziej optymalne miejsca w układzie programów miałyby zostać przyznane programom TVP, tj. miejsca 1 – 5 zajęłyby ustawowo wskazane programy *must carry/must offer*, a na kolejnych miejscach miałyby znaleźć się te programy TVP, które obowiązkowo muszą znaleźć się na liście programów *must carry/must offer* (programy skierowane do odbiorców za granicą oraz programy realizujące misję publiczną określone w karcie powinności dostępne drogą rozsiewczą naziemną), w istocie konkurujące z nadawcami komercyjnymi. Dopiero kolejne miejsca w EPG mogłyby zająć inne niż wymienione wyżej programy *must carry/must offer* określone przez KRRiT, w tym mogłyby to być także inne programy TVP, według porządku ustalonego przez KRRiT na podstawie niejasnych kryteriów przyznających KRRiT duży stopień dyskrecjonalności. W efekcie, w całej Polsce, niezależnie od wyboru operatora telewizji kablowej, satelitarnej czy IPTV, odbiorca usług telewizyjnych (widz) otrzyma taką samą ofertę programową na pierwszych 35 pozycjach.

Jest to bezprecedensowa ingerencja w swobodę działalności gospodarczej, mająca jedynie na celu faworyzowanie nadawcy publicznego, a jednocześnie wywołująca daleko idące skutki dotyczące oferty dla odbiorców usług telewizyjnych, a zatem dotyczące samych widzów, oraz skutki ekonomiczne dla nadawców i operatorów:

- W ramach **swobody prowadzenia działalności gospodarczej**, każdy operator rozprowadzający program powinien móc sam kształtować kolejność prezentowanych odbiorcom programów telewizyjnych, biorąc pod uwagę ich przyzwyczajenia i oczekiwania, tzw. *user-experience*, czynniki rynkowe i komercyjne. Kolejność programów w EPG nie jest bowiem kształtowana w oderwaniu od odbiorców usług telewizyjnych, ale w taki sposób, aby sprostać ich oczekiwaniom. W naszej ocenie, narzucenie kolejności kanałów w EPG wzbudzi powszechną dezorientację odbiorców usług telewizyjnych (w tym skargi i reklamacje) i obróci się przeciwko operatorom, którzy będą zmuszeni do wprowadzenia zmian narzucanych proponowaną zmianą do urtv wbrew swojej woli, a także woli odbiorców ich usług.
- Ingerencja w ofertę produktową operatorów **ograniczy jej odbiorcom (widzom) dostęp do mediów i różnorodnej oferty**. Promowanie na pierwszych 35 pozycjach programów *must carry/must offer* w ofercie każdego operatora telewizji kablowej, satelitarnej i IPTV, ograniczy widzom możliwość dotarcia do innych programów, zatem ograniczy



pluralizm mediów. Obecnie lista programów i ich ułożenie na liście jest czynnikiem różnicującym ofertę rynkową i warunkującą wybór konsumentów.

- Przymusowe zmiany pozycjonowania programów telewizyjnych w ofertach operatorów **naruszają także obowiązujące długoterminowe umowy pomiędzy nadawcami a operatorami**, powodując straty finansowe po każdej ze stron. Taka ingerencja stanowi ograniczenie konstytucyjnej swobody działalności gospodarczej i swobody kontraktowania nadawców z operatorami.
- Przesunięcie nadawców komercyjnych na dalekie pozycje w EPG, po programach nadawcy publicznego - TVP, jest **dyskryminujące i zaburza konkurencję** na rynku reklam, które stanowią główne źródło przychodu dla nadawców komercyjnych. Kolejność miejsc na liście programowej jest bowiem ściśle powiązana z wynikami oglądalności, które z kolei przekładają się na wpływy z reklam. W sytuacji, w której TVP ma uprzywilejowaną pozycję na rynku naziemnej telewizji cyfrowej, gdzie do końca 2023 r. jako jedyny nadawca nie musi zmieniać standardu nadawania, jest dodatkowo zasilana środkami państwowymi w wysokości aż 2,7 mld zł na rok 2023, uprzywilejowanie jej pozycji także w płatnej telewizji kablowej, satelitarnej i IPTV blokuje konkurencyjność rynku telewizyjnego, niszczy pluralizm mediów ze szkodą nie tylko dla nadawców i operatorów, ale przede wszystkim dla widzów, którym odbiera się wolność wyboru.
- Proponowane rozwiązanie budzi również poważne zastrzeżenia co do technicznej możliwości jego realizacji, zwłaszcza w odniesieniu do obowiązku umieszczania programów TVP na pozycjach 1 - 5 przez operatora satelitarnego, w kontekście obowiązku rozprowadzania programu regionalnego TVP właściwego dla danego obszaru. Dekoder satelitarny niepodłączony do Internetu nie rozpozna na jakim obszarze przebywa abonent. **Technicznie jest niewykonalne uruchomienie wszystkich wersji regionalnych programu TVP3 na jednej pozycji**, co oznacza, że operator satelitarny nie będzie w stanie zapewnić takiej funkcjonalności dla wszystkich widzów. Rozwinięcie wyjaśnienia problemów technicznych i technologicznych, jakie niesie za sobą obowiązek *must carry* dotyczący programu regionalnego TVP właściwego dla danego obszaru, zawarte jest w pkt 1.3 niniejszego stanowiska niżej.

Z punktu widzenia Konstytucji, taka ingerencja nie jest ani konieczna, ani proporcjonalna, a jej jedynym celem jest umocnienie pozycji rynkowej nadawcy publicznego kosztem nadawców prywatnych.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej zmiany do urtv, takie wyekspozowanie programów telewizji publicznej miałoby służyć *potwierdzeniu zgodnie z*

istotą must carry, że programy objęte tym reżimem powinny znajdować się w pakietach podstawowych operatorów, tak aby były dostępne dla wszystkich klientów usługi dostępu do telewizji płatnej, a nie jedynie w pakietach dodatkowo płatnych. Jest to całkowicie bezpodstawny i wprowadzający w błąd argument, ponieważ pozycja przypisana danemu programowi w EPG nie determinuje, czy kanał jest dostępny dla wszystkich klientów, czy też w pakietach dodatkowo płatnych. **Obowiązek udostępniania kanałów *must carry* wszystkim widzom, w pakiecie podstawowym operatora, wynika z samej zasady *must carry* i jako taki pozostaje bez związku z pozycją na liście kanałów.**

Podstawą do narzucenia operatorowi obowiązku wyeksponowania programów TVP ma być art. 7a dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych, znowelizowanej dyrektywą 2018/1808, potwierdzający możliwość stosowania przez państwa członkowskie środków służących odpowiedniej ekspozycji audiowizualnych usług medialnych świadczonych w interesie ogólnym (reguła 'prominence', tzw. ekspozycji). Należy podkreślić, że dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek, określenia ekspozycji określonych programów, a wyeksponowanie usługi ma być „odpowiednie”, co nie zostało uwzględnione w projektowanych przepisach zmieniających urtv. Przede wszystkim zaś „audiowizualnych usług medialnych świadczonych w interesie ogólnym” określonych w art. 7a dyrektywy, które podlegają omawianej regule 'prominence', nie należy utożsamiać z programami telewizji publicznej. **Poprzez niesłusznie zawężone odniesienie zasady 'prominence' wyłącznie do programów telewizji publicznej, proponowana zmiana do urtv narusza reguły odpowiedniego wyeksponowania oraz jest przykładem nieuprawnionego uprzywilejowania TVP w projektowanych zmianach.**

Niezależnie od powyższego, z przyczyn wskazanych w niniejszym stanowisku wyżej, należy uznać proponowaną regulację za zdecydowanie nadmiarową, nieproporcjonalną oraz wykraczającą poza zakres objęty art. 7a dyrektywy 2010/13/UE.

Wniosek: Wobec powyższego, wnioskujemy o usunięcie z projektowanego art.43 urtv przepisów odnoszących się do obowiązkowej kolejności na EPG programów objętych zasadą *must carry/must offer*.

1.3 Programy regionalne objęte zasadą *must carry* a technologia satelitarna (art. 43 urtv)

Poważne zastrzeżenia budzi rozszerzenie na podmioty rozprawdzające program w technologii satelitarnej obowiązku *must carry* o kanały regionalne TVP3 (których aktualnie jest 16). Dotychczasowe regulacje wyraźnie przewidują, że zasada dostarczania regionalnych programów TVP3 dla poszczególnych regionów nie obejmowała operatorów satelitarnych. Tacy operatorzy rozprawdzali jeden program regionalny TVP3 na terytorium całej Polski. Wynika to z technologicznej specyfiki dystrybucji sygnału za pośrednictwem satelity, która nie pozwala na precyzyjne dostarczanie sygnału satelitarnego na obszar odpowiednich województw. **Objęcie operatorów satelitarnych obowiązkiem rozprawdzania wszystkich programów regionalnych TVP3 dla poszczególnych regionów w praktyce oznaczać będzie**



konieczność rozprowadzania 16 programów TVP3 na terytorium całego kraju. Taki sposób realizacji obowiązku *must carry* będzie wykraczać poza ustawowy zakres obowiązku *must offer*, a udzielenie zgody na taką dystrybucję sygnału będzie zależać wyłącznie od dobrej woli TVP. Wskazać też należy, że według proponowanych zmian do urtv, to regulator (KRRiT) w drodze rozporządzenia miałby wskazać obszar dla poszczególnych regionalnych programów telewizji publicznej.

Dodatkowo, obecna propozycja łączy się z koniecznością poniesienia **ogromnych kosztów związanych z dosłaniem na satelitę sygnału kilkunastu kanałów regionalnych** (szacunkowy koszt od około 20 mln złotych rocznie za 16 kanałów, jeżeli wszystkie kanały TVP3 będą w jakości SD, zmiana standardu nadawania programów TVP3 na jakość HD wiązałaby się z wielokrotnym wzrostem ww. kosztów). Ponadto, do tej pory większość nadawców programów *must carry/must offer* ponosiła koszty dystrybucji satelitarnej ich programów we własnym zakresie. Proponowana nowelizacja wprost obciąża tymi kosztami operatorów, co jest szczególnie niezrozumiałe w aktualnej, trudnej sytuacji gospodarczej. W konsekwencji, operatorzy mogą zostać zmuszeni do szukania pokrycia kosztów dystrybucji programów TVP3 przynajmniej częściowo przez odbiorców ich usług (widzów). Dodatkowo, za utrzymaniem *status quo* przemawia także umiarkowane zróżnicowanie programowe pomiędzy programami TVP3 oraz fakt, że telewizja naziemna z powodzeniem zaspakaja wszystkie potrzeby, które adresować miała analizowana nowelizacja.

Istotnym faktem jest również to, że kilkaset tysięcy abonentów telewizji kablowej, często osób starszych, nadal korzysta z usługi analogowej. W przypadku technologii analogowej, brak jest miejsca na rozprowadzanie dodatkowych programów. Rozszerzenie listy programów *must carry/must offer* sprawi, że usługa telewizyjna świadczona w technologii analogowej nie będzie realizowała nowo proponowanego obowiązku regulacyjnego.

Podsumowanie: Wnioskujemy o zachowanie wyjątku w zakresie rozprowadzania programów regionalnych TVP3 dla operatorów satelitarnych i utrzymanie zasady, że mogą oni rozprowadzać jeden z programów TVP3 np. TVP3 Warszawa. Z daleko idącej ostrożności, gdyby ustawodawca nie przychylił się do wniosku pierwszego, proponujemy aby uwzględniono specyfikę technologii satelitarnej i wprost określono dla niej prawo do rozprowadzania 16 programów TVP3 nie tylko lokalnie, ale na terytorium całej Polski. W ten sposób zakres obowiązków *must carry i must offer* byłby jednakowy, a jednocześnie zapobiegłoby to ewentualnym arbitralnym decyzjom nadawcy publicznego, co do warunków udzielania zgody w powyższym zakresie.

2. Obowiązek nadawców do sprzedaży programów w modelu *a la carte* oraz stosowania jednakowych cen dla wszystkich operatorów (art. 44c urtv)

Proponowana zmiana dotycząca obowiązku nadawców sprzedaży (licencjonowania) programów w modelu *a la carte*, jak też oferowania wszystkim operatorom tego samego programu w tej samej cenie, stanowi **nadmierną oraz nie opartą na realiach rynkowych ingerencję w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej** oraz całkowicie zmienia ukształtowany od lat i powszechny, także w innych krajach, model biznesowy.

Proponowany przepis art. 44c nie bierze w żaden sposób pod uwagę rzeczywistości rynkowej, zarówno krajowej jak i międzynarodowej. W zasadzie każda umowa dotycząca reemisji danych programów dotyczy pakietu programów i z reemisji pakietów licencjobiorca (operator) jest rozliczany. Wprowadzenie do umów między nadawcami a operatorami obowiązku udzielania operatorom licencji w celu rozprowadzania programów na zasadzie *a la carte* oznacza otwarcie negocjacji setek kontraktów z nadawcami. Nawet jeśli wskutek wielomiesięcznych i kosztownych negocjacji ww. kontraktów strony wprowadzą zasadę oferowania pojedynczych programów, to warto podkreślić, że licencjobiorca (operator) rozliczany będzie wtedy z oferowania pojedynczego programu. Generuje to ryzyko, że w przypadku braku zainteresowania ze strony odbiorcy usług telewizyjnych (widza) ofertą tego pojedynczego programu, operator będzie postawiony w sytuacji, w której oferta detaliczna nie będzie przynosiła zysków, a jednocześnie będzie zobowiązany ponosić opłatę hurtową (licencyjną) w relacji do nadawcy. Takiego ryzyka w zasadzie nie ma lub jest ono istotnie ograniczone w sytuacji, kiedy przedmiotem licencji jest pakiet programów, a następnie pakiet programów jest oferowany w ofercie detalicznej. Skutkiem więc tej regulacji może być w szczególności bezprecedensowe **generowanie strat po stronie operatora** wymuszone koniecznością zmiany modelu biznesowego z uwagi na zmiany w przepisach prawa.

Proponowana nowelizacja **wyłącza rynek telewizyjny z naturalnych mechanizmów wolnorynkowych takich jak np. dostosowanie ceny hurtowej do liczby/skali nabywanych usług**. Pociągnie to za sobą konsekwencje w postaci wzrostu cen, wypadnięcia mniejszych podmiotów rozprowadzających programy (operatorów) z rynku i pogorszenia oferty programowej dla odbiorców programów telewizyjnych.

Istotny jest tu również fakt, że często drugą stroną ww. kontraktów są podmioty zagraniczne (nadawcy zagraniczni), nieobjęte przecież prawodawstwem polskim, które nie będą mogły być zmuszone do zastosowania się do polskiego systemu prawnego w zakresie tak określonego obowiązku, tj. oferowania programów *a la carte*, co dodatkowo podkreśla oderwanie proponowanych regulacji od istniejącej rzeczywistości sektora telewizyjnego. Co ważne, w ten sposób **proponowana nowelizacja dyskryminuje nadawców posiadających polskie koncesje w stosunku do nadawców zagranicznych, którzy nie będą poddani temu reżimowi**. Nadawcy zagraniczni musieliby dobrowolnie wyrazić zgodę się na to, by ich programy były oferowane widzom przez operatora w Polsce na zasadzie *a la carte*, co w obecnych warunkach rynkowych nie jest możliwe. Tym samym, albo ten wymóg pozostanie „martwy” w stosunku do programów nadawanych w oparciu o zagraniczne koncesje, albo doprowadzi do wycofania zagranicznych programów z oferty operatorów ze szkodą dla



widzów. Także obowiązek stosowania jednolitych stawek także będzie dotyczył jedynie nadawców z polską koncesją. Cała rzesza nadawców zagranicznych w dalszym ciągu będzie cieszyła się swobodą kontraktowania w stosunkach z polskimi operatorami rozprowadzającymi programy telewizyjne. Jest to jawna dyskryminacja polskich nadawców.

Należy także podkreślić, że ani wymóg oferty *a la carte*, ani obowiązek stosowania jednakowych stawek za ten sam program telewizyjny **nie wynika z prawa unijnego**. Mimo, że proponowane zmiany są częścią projektu ustawy *przepisy wprowadzające ustawę – Prawo komunikacji elektronicznej*, wdrażającej do krajowego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającą Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej, nie są one wymagane przez prawo UE i nie wdrażają prawa UE. Stanowią natomiast przejaw nadmiernej ingerencji polskiego prawodawcy w wolność gospodarczą.

Wniosek: Z tego względu wnioskujemy o usunięcie proponowanych przepisów art. 44c.

3. Obowiązek operatorów rozprowadzających program do sprzedaży odbiorcom programów w modelu *a la carte* (art.44d urtv)

Także w tym zakresie proponowane zmiany do urtv w nieuzasadniony i nieproporcjonalny sposób ingerują w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej i kształtowanie oferty dla odbiorców usług telewizyjnych.

Z całą mocą należy podkreślić, że tak skonstruowane przepisy całkowicie zaburzają rynek płatnej telewizji w Polsce, narażając go na ogromne koszty i degenerację w niedługiej perspektywie czasowej.

Jednocześnie przepisy z pewnością przysłużą się przede wszystkim serwisom pirackim oraz globalnym podmiotom OTT. Powstaje pytanie, czy taki był cel ustawodawcy? Jeżeli nie, propozycję przepisów zawartych w art. 44d należy bezwzględnie usunąć. W tym kontekście trzeba pamiętać, że trwa ostra konkurencja o czas, uwagę i pieniądze widza – odbiorcy usług audiowizualnych. Odbywa się ona nie tylko pomiędzy poszczególnymi operatorami rozprowadzającymi program, lecz także na płaszczyźnie operatorzy vs dostawcy OTT oraz vs serwisy pirackie, nadal nieskutecznie blokowane.

Proponowane zmiany spowodują z dużym prawdopodobieństwem wzrost szarej strefy. Oferowanie programów telewizyjnych *a la carte* nie odzwierciedla potrzeb odbiorców ani aktualnych i prognozowanych trendów w oglądaniu programów telewizyjnych. Obecna oferta operatorów jest odpowiedzią na potrzeby konsumentów - gdyby oferta *a la carte* miała uzasadnienie popytowe i byłaby możliwa do wdrożenia, już dawno byłaby obecna na rynku. Rozwiązanie przedstawione w proponowanych zmianach do urtv w rzeczywistości będzie

niekorzystne dla widzów, dlatego że cena jednostkowa za kilka programów telewizyjnych będzie mniej korzystna niż cena pakietu. Oferowanie pojedynczych programów i wybór pojedynczego programu przez abonenta doprowadzi do podniesienia cen za usługi telewizyjne, ale też za świadczenia towarzyszące, jak opłaty aktywacyjne, opłaty serwisowe urządzeń (dekoderów). Będzie to mieć w szczególności uzasadnienie w zupełnie innym ukształtowaniu struktury kosztów operatora (o czym niżej), jak również w podniesieniu kosztów prowadzenia działalności. W konsekwencji takiej regulacji, korzyści dla widza będą więc znikome, a nawet wręcz żadne. W efekcie, z perspektywy widza, **zmiany doprowadzą do droższej i ograniczonej oferty telewizyjnej**. Koszty dostępu do programów telewizyjnych będą rosły, co jest wysoce niekorzystne biorąc pod uwagę gwałtowny wzrost kosztów życia gospodarstw domowych.

Ponadto, proponując przepisy przymuszające operatorów do dystrybucji programów w modelu *a la carte* projektodawca kompletnie nie wziął pod uwagę kilku następujących bardzo istotnych czynników:

a) Ograniczenia technologiczne związane z dostępem do treści

Obecnie systemy dostępu warunkowego nie są przygotowane na konstrukcję dystrybucji programów telewizyjnych w modelu *a la carte*. Adaptacja do nowych wymagań dystrybucyjnych wiąże się ze skomplikowanymi zmianami technologicznymi i wysokimi kosztami, szczególnie uwzględniając fakt, że model dystrybucji kanałów *a la carte* nie jest powszechnie stosowanym rozwiązaniem na świecie, więc wymagać będzie zindywidualizowanych rozwiązań (często uwarunkowanych przez systemy operacyjne lub rozwiązania hardware'owe urządzeń klienckich, które mogą nie współpracować z takim modelem dostarczania usługi, a wprowadzenie w nich zmian leży w gestii globalnych producentów sprzętu i oprogramowania dla których liczy się efekt skali i jak wskazują dotychczasowe doświadczenia nie wprowadzają oni zmian w swoim sprzęcie gdy potencjalne zbyt jest w skali globalnej niewielki). Wdrożenie takich rozwiązań może zająć nawet lata, wobec czego 6 miesięczny termin od wejścia w życie zmian do urtv nie jest realny.

b) Konieczne zmiany w szeroko pojętych systemach IT

Konieczne będą zmiany w systemach IT, w tym systemach billingowych, sprzedażowych i utrzymaniowych, obsługi klienta, systemach IT przekładających uprawnienia z systemów sprzedażowych na systemy dostępu warunkowego, systemach raportowych do rozliczeń z nadawcami, etc. Zmiany takie są nie tylko drogie i czasochłonne, ale wymagają



dodatkowego zaangażowania zasobów ludzkich. Z uwagi na skalę koniecznych zmian, wprowadzenie na rynek modelu sprzedaży *a la carte* nie będzie możliwe w ustawowym terminie 6 miesięcy od wejścia w życie ustawy.

c) Uwarunkowania licencyjne

Proponowana zmiana modelu sprzedaży programów wymagałaby zmiany obowiązujących umów operatorów z niemal wszystkimi licencjodawcami, z których wielu wprost wyłącza możliwość oferowania kanałów w modelu *a la carte*. Wskutek zmian przepisów dotyczących dystrybucji programów przez nadawców mogą wzrosnąć także stawki licencyjne. Tego typu zmiany wymagałyby żmudnych negocjacji z licznymi podmiotami, dlatego przewidziane w projekcie sześciomiesięczne *vacatio legis* jest terminem nierealnym na zakończenie renegotiacji umów.

d) Koszty związane z realizacją zmian

Opisane wyżej zmiany byłyby bardzo kosztowne. Dotyczy to także kosztów hardware i software, licencyjnych, czy też kosztów związanych z koniecznością zwiększenia wykorzystywanej przez operatorów pojemności satelitarnej. W przypadku zmian związanych z ingerencją w hardware lub oprogramowanie urządzeń, przede wszystkim abonenckich (odbiorców usług), ale również i tych po stronie przedsiębiorcy wskazujemy, że proces produkcji urządzeń jest procesem ciągłym i nie jest możliwe przestawienie produkcji praktycznie z dnia na dzień, a proponowane zmiany wymagają przebudowy sprzętowej i zmian w oprogramowaniu, co wiąże się ze żmudnym procesem negocjacji z dostawcami, fazy testowania prototypów ich weryfikacji w środowisku produkcyjnym. Łańcuchy dostaw wciąż nie wróciły do stanu sprzed wybuchu pandemii i jakiegokolwiek istotne zmiany wymagają co najmniej 12 miesięcznego wyprzedzenia, a w tym wypadku ponad 18 miesięcznego. Kolejną kwestią istotną kwestią związaną z ciągłością produkcji jest fakt już dokonanych i opłaconych zamówień oraz urządzeń produkowanych i już wyprodukowanych, ale jeszcze nie udostępnionych czy też sprzedanych klientom.

e) Skomplikowanie informowania odbiorców usług telewizyjnych (abonentów) o ofercie

Na względzie należy mieć również, że usługi dostarczania telewizji objęte są reżimem aktualnie obowiązującego prawa telekomunikacyjnego, jak i również projektowanej ustawy PKE. Projekt PKE przewiduje szereg nowych narzędzi, które ukierunkowane są w

szczegółności na uproszczenie dokumentacji abonenta i przedstawiania oferty w sposób jasny i zrozumiały, tj. przede wszystkim poprzez ograniczenie liczby stosowanych wzorców umownych (patrz art. 280 ust. 2 Projektu PKE) do umowy, informacji przedumownych (które mogą być rozdzielone na regulamin i cennik) i podsumowania głównych elementów informacji przedumownych (tzw. zwięzłego podsumowania umowy). Już na chwilę obecną wywiązanie się z tych wymogów jest dużym wyzwaniem dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a warto zauważyć, że projekt PKE bardzo precyzyjnie określa skutki niewypełniania lub nienależytego wypełniania obowiązków dotyczących zawierania umowy o świadczenie usług komunikacji elektronicznej. Niemniej jednak, skutkiem wprowadzania takich zmian będzie wyłącznie skomplikowanie oferty, rozbudowanie otrzymywanych przez klienta dokumentów, co zdaje się stać w sprzeczności z założeniami i postulatami wyrażonymi przez prawodawcę w projekcie PKE.

Warto również podkreślić, że powyższy trend legislacyjny znajdujący swój wydzźwięk w wielu innych regulacjach (w szczególności dotyczących praw konsumenta), mający na celu upraszczanie ofert, dokumentów klienckich, zapewnienie przejrzystości, nie może być zrealizowany, jeżeli regulacje takie jak projektowany art. 44c i art. 44d urtv będą implementowane do polskiego systemu prawnego.

f) Spadek oglądalności programów oraz ryzyko zamknięcia kanałów niszowych

Programy o niższej o niższej oglądalności nie będą w stanie udźwignąć proponowanych zmian, zarówno z powodu opisanych wyżej kosztów, jak też z powodu opisanych wyżej kwestii dotyczących sprzedaży reklam w programach o niszowych zasięgach. W konsekwencji doprowadzi do zubożenia oferty telewizyjnej dostępnej na rynku.

g) Propozycja zmian do urtv doprowadzi docelowo do spadku przychodów i marży operatorów, a tym samym spadku przychodów budżetu Skarbu Państwa z tytułu należności publicznoprawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż proponowana regulacja stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w sferę wolności gospodarczej oraz swobody zawierania umów i jest wręcz przejawem dyskryminacji nadawców i operatorów w życiu gospodarczym. Proponowana zmiana godzi w bezpieczeństwo prawne i stabilność prowadzonej działalności. W konsekwencji, planowana zmiana stoi w sprzeczności z zasadą pewności prawa oraz konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej. Należy przy tym podkreślić, iż państwo ma zagwarantowane już w aktualnym stanie prawnym stosowne instrumenty pozwalające na



kontrolowanie praktyk przedsiębiorców, jeśli pojawi się ryzyko naruszania interesów konsumentów. Nie ma zatem uzasadnienia dla regulowania mocą ustawy w tak szerokim zakresie relacji umownych w zakresie świadczenia usług telewizyjnych.

Wniosek: Wnioskujemy o usunięcie w całości projektu art. 44c i 44d urtv. Podsumowując uwagi w punktach 2 i 3 - proponowane w art. 44c i 44d przepisy doprowadzą do pogorszenia oferty telewizyjnej linearnej na rynku polskim i tradycyjnych form jej dystrybucji, wzmacniając jednocześnie nadawców zagranicznych, serwisy pirackie i sVOD, których powyższe regulacje nie obejmują. Konsekwencją będą także spadki przychodów nadawców i operatorów, a w związku z tym także spadek wysokości wpłat z tytułu należnych podatków oraz wpłat na PISF czy z tytułu reemisji. Ponadto, 6 miesięczny okres na wprowadzenie powyższych zmian jest nierealny, a dla wielu nadawców i operatorów będzie to oznaczało eliminację ich oferty z rynku, z uwagi na koszt wprowadzenia tych zmian, a to skutkowało będzie ograniczeniem oferty programowej dla odbiorcy i dalszym ograniczeniem pluralizmu mediów.

4. Zmiany w zakresie elementów uzupełniających rozprowadzanych wraz z programem (art. 43 urtv)

Proponowane zmiany w zakresie elementów uzupełniających rozprowadzanych wraz z programem są zapisane w sposób niejasny, nie pozwalający na odniesienie się do nich. Nie były one również w żaden sposób konsultowane z rynkiem. Ponadto, dostarczenie odbiorcy określonej usługi lub sprzętu (np. dekodera) może być konieczne dla prawidłowego świadczenia na jego rzecz usługi rozprowadzania programów. Treść art. 43 w obecnym kształcie niesie zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania rynku świadczenia usług telewizyjnych w Polsce.

Wniosek: Wnioskujemy o wyjaśnienie intencji wprowadzenia tych zapisów oraz o zdefiniowanie wszystkich pojęć pojawiających się tamże, a nie będących definiowanymi w PKE lub uwPKE.

Uwagi do projekt ustawy - Prawo Komunikacji Elektronicznej (dalej: „PKE”)

1. Art. 43 - wątpliwości interpretacyjne i konstytucyjne

Proponowane brzmienie art. 43 najnowszej wersji projektu PKE rozszerza na dostawców usług interpersonalnych niewykorzystujących numerów obowiązek udzielenia dostępu “uprawnionym podmiotom” do “informacji przesyłanych lub powstałych w ramach świadczonej publicznie dostępnej usługi komunikacji elektronicznej”, w tym treści komunikatów elektronicznych, danych

abonentów oraz danych o lokalizacji. Za podmioty uprawnione zostały uznane: Policja, Biuro Nadzoru Wewnętrzny, Straż Graniczna, Służba Ochrony Państwa, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrzny, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne i Krajowa Administracja Skarbowa.

W ocenie dostawców usług interpersonalnych niewykorzystujących numerów konstrukcja obowiązków z art. 43 oraz skomplikowanie zapisów mogą budzić wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego, których przedsiębiorców obejmują wymienione obowiązki. Dodatkowo, zwracamy uwagę, iż szeroki katalog podmiotów, które otrzymały ww. uprawnienia bez kontroli sądowej może doprowadzić do naruszeń zagwarantowanych konstytucji praw i wolności.

2. Uwagi dotyczące Art. 47 ust. 1 pkt. 1 PKE

Postulujemy, aby treść art. 47 ust.1 pkt. 1 PKE brzmiała następująco:

Art. 47 ust. 1 pkt. Przedsiębiorca telekomunikacyjny ~~Przedsiębiorca komunikacji elektronicznej,~~ z wyłączeniem podmiotów, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 49 ust. 2, jest obowiązany na własny koszt:

- 1) zatrzymywać i przechowywać ~~na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej~~ 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; (...)"

Uzasadnienie:

Obowiązek podmiotów z branży telekomunikacyjnej dotyczący retencji danych generowanych w publicznych sieciach telekomunikacyjnych jest obecnie realizowany w sposób efektywny kosztowo, a zarazem gwarantujący wysoki poziom bezpieczeństwa – przy wykorzystaniu usług chmurowych. Ponadto, usługi chmurowe umożliwiają skalowalność wykorzystywanych usług, a także możliwość niemal natychmiastowej implementacji nowoczesnych rozwiązań adresujących potrzeby klientów. Tymczasem proponowana treść artykułu stwarza ryzyko głębokiej, a zarazem niekorzystnej w swym charakterze zmiany w zakresie zapewniania obowiązku retencji danych telekomunikacyjnych. Brak jest także przesłanek natury prawnej i faktycznej dla takich zmian:

- Wymóg korzystania z centrów danych zlokalizowanych tylko w Polsce **stoi w kontrze do zasady wspierania wspólnego rynku UE**. Wiele firm telekomunikacyjnych działa w szeregu państw członkowskich Unii Europejskiej, a co za tym idzie często używają



infrastruktury przetwarzającej dane, która znajduje się w innym kraju unijnym. Polscy przedsiębiorcy w przypadku wejścia w życie przepisów w proponowanym kształcie zostaną postawieni w niesprzyjającej sytuacji wyjściowej w zakresie konkurencyjności, bowiem w wielu przypadkach ich konkurenci nie mają takich ograniczeń. Nadmierne restrykcje ograniczą również możliwość wyboru usług chmury obliczeniowej.

- Potencjalne ograniczenie przepływu danych **negatywnie wpłynie na polską gospodarkę** - zmniejszy wielkość handlu, obniży produktywność i podniesie ceny dla wielu branż, które opierają się na danych – w tym dla branży telekomunikacyjnej.
 - W świetle badań European Centre for International Political Economy (ECIPE), niezależnego think tanku zajmującym się m.in. badaniami nad polityką gospodarczą i handlową, ograniczenia transgranicznego przepływu danych i dostępu do rynków zagranicznych zmniejszają możliwość stosowania konkurencyjnych cen, wyhamowują wzrost zatrudnienia w wielu sektorach oraz zmniejszają możliwości inwestycyjne tych branż oraz możliwości ekspansji handlowej, która opiera się na transgranicznych przepływach danych.
 - Z kolei Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), niekomercyjny, instytut badawczy i edukacyjny, zauważa, że (używając skali opartej na danych OECD dotyczących regulacji rynku), wzrost restrykcyjności lokalizacji danych w danym kraju o 1 punkt tej skali obniża krajową produkcję handlową brutto o 7 proc., spowalnia produktywność o 2,9 proc. i podnosi ceny o 1,5 proc. w ciągu pięciu lat².
- Analizy ekspertów z dziedziny prawa oraz cyberbezpieczeństwa wskazują na poważne ryzyka związane z tzw. „twardą / stałą lokalizacją danych” (ang. hard data localization) dla bezpieczeństwa cybernetycznego i zdolności organizacji (np. agencji rządowych) do obrony przed cyberatakami. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, zobligowani do wypełniania obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, których infrastruktura oraz sieci teleinformatyczne są zaliczane do infrastruktury krytycznej państwa, również stanowią potencjalny cel takich ataków. Wśród tych ryzyk należy wymienić m.in. trudności w zintegrowanym zarządzaniu ryzykiem cyberbezpieczeństwa, przeszkody w korzystaniu przez dany kraj z najnowocześniejszych technologii i rozwiązań w zakresie ochrony przed cyberatakami, a także brak warunków dla dzielenia się danymi pomiędzy różnymi organizacjami, z uwagi na prawne lub organizacyjne ograniczenia w przekazywaniu danych. Podzielamy wpływający z tych analiz wniosek, że fizyczna lokalizacja danych na terytorium danego państwa nie chroni ich przed nieuprawnionym dostępem, a co więcej, znacząco może utrudnić ich ochronę i możliwość ich przeniesienia w przypadku sytuacji

² <https://itif.org/publications/2021/07/19/how-barriers-cross-border-data-flows-are-spreading-globally-what-they-cost/>

szczególnych zagrożeń. Projektowana regulacja, przesądzająca o konieczności przechowywania danych wyłącznie na terytorium RP bez wątpienia stanowi przykład takiego ograniczenia prawnego, czym pozbawia państwo jak i przedsiębiorców dostępu do najnowszych technologii i środków bezpieczeństwa w tym zakresie.

- Zgodnie z treścią uzasadnienia do Projektu PKE zaproponowana zmiana miała być jedynie formą uporządkowania przepisów dot. obowiązków retencyjnych. Tymczasem, przedłożona zmiana ma charakter, który znacząco oddziałuje na *modus operandi* jeśli chodzi o obowiązek przechowywania danych telekomunikacyjnych. Według obecnie obowiązującego prawa (art. 180a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne), przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mają obowiązku przechowywania zatrzymanych danych na danym terytorium, w szczególności na terenie RP. Proponowana zmiana wprowadza natomiast obowiązek transferu posiadanych danych do krajowej infrastruktury przetwarzania danych. Oznaczać to będzie w praktyce likwidację możliwości korzystania z centrów przetwarzania danych poza granicami RP, w tym w innych państwach Unii Europejskiej, pomimo że poziom ochrony danych w tych państwach jest równoważny temu obowiązującemu na terytorium Polski.
- Proponowana zmiana stoi ponadto w sprzeczności z innymi projektami i regulacjami ze szczególnym uwzględnieniem Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO). Należy podkreślić, iż jednym z głównych założeń tej regulacji jest bowiem likwidacja barier w swobodnym przepływie chronionych danych osobowych na obszarze Europejskiego Obszaru Gospodarczego (co wynika już z samego tytułu RODO). Wprowadzona przepisami RODO zasada swobodnego przepływu danych osobowych w ramach EOG może co prawda ulec ograniczeniu, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy zostało to wyraźnie przewidziane przepisami prawa unijnego. Tymczasem brak jest – w kontekście danych telekomunikacyjnych – takich podstaw prawnych. W tym też kontekście projektowana ustawa krajowa (PKE) będzie wykazywała się sprzecznością z unijnym rozporządzeniem (RODO).
- Proponowane postanowienie nie jest także konsekwencją innych funkcjonujących lub proponowanych przepisów w ramach UE (NIS, NIS 2 a także dyrektywa ustanawiająca Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej (EKŁE)).
- Zgodnie z udostępnioną na stronie Rządowego Centrum Legislacji tabelą zgodności regulacji PKE, podstawą proponowanego przepisu art. 47 PKE jest art. 15 dyrektywy 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej, który dotyczy stosowania niektórych przepisów dyrektywy 95/46/WE. Dyrektywa 95/46/WE została jednak uchylona i zastąpiona przez RODO, w związku z czym wszelkie odwołania do tej dyrektywy



powinny być traktowane jako odesłania do RODO. Jak już zostało wskazane powyżej, przedmiotowa regulacja jest sprzeczna z ogólnymi jak i szczególnymi zasadami RODO, a zatem uchwalenie w aktualnym brzmieniu art. 47 PKE odbędzie się bez ważnej podstawy prawnej, w konsekwencji czego przepis ten zostanie wprowadzony z naruszeniem prawa unijnego. Ponadto, istotne znaczenie mają także nadal toczące się prace legislacyjne dotyczące uchylecia dotychczasowej dyrektywy 2002/58/WE o e-prywatności i zastąpienia jej nowym rozporządzeniem w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej (COM(2017) 10 final), której przedmiotem będą m.in. analogiczne ograniczenia. Niemniej ważna podstawa prawna wprowadzania takich środków ustawodawczych zaktualizuje się dopiero po przyjęciu przedmiotowego rozporządzenia na poziomie unijnym.

- Proponowanych zmian nie poprzedziła analiza skutków ekonomicznych i biznesowych. Zmiana art. 47 ust. 1 pkt 1. nie została wyjaśniona w uzasadnieniu do Projektu PKE ani przeanalizowana w dokumencie stanowiącym ocenę skutków regulacji.
- Niepewny pozostaje także aspekt stosowania regulacji PKE do podmiotów zagranicznych, nieposiadających siedziby w Polsce. Zmiany wprowadzone w ostatniej wersji projektu PKE z dnia 17 listopada br., w tym m.in. zmiana zakresu podmiotowego art. 47 PKE polegająca na zaadresowaniu określonych w nim obowiązków wobec „przedsiębiorców komunikacji elektronicznej” w miejsce wcześniejszych „przedsiębiorców telekomunikacyjnych” wprowadza wiele wątpliwości i kontrowersji. Podobnie jak w przypadku innych zmian zaproponowanych w art. 47 PKE, również i ta poprawka nie została uargumentowana w treści uzasadnienia do projektu ustawy, rozważona z perspektywy skutków prawnych (w szczególności pod względem jej zgodności z prawem międzynarodowym), finansowych oraz gospodarczych, a jej wprowadzeniu towarzyszył brak dyskusji i możliwości przedstawienia do niej uwag na etapie konsultacji publicznych. W konsekwencji, zaproponowana została zmiana w finalnej fazie prac rządowych, której skutki wprowadzenia są znaczące z uwagi na obciążenia kosztowe, jak i organizacyjne realizujących je przedsiębiorców.
- Korzystanie z centrów danych zlokalizowanych w konkretnym miejscu w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego, który charakteryzuje się zunifikowanymi, rozwiązaniami prawnymi, powinno odbywać się w oparciu o wybory i odpowiedzialność firm, które w sposób najbardziej optymalny są w stanie dokonać odpowiedniej analizy uwarunkowań oraz koniecznej oceny ryzyk.

Postulujemy zatem powrót do poprzedniego zakresu podmiotowego (tj. „przedsiębiorca telekomunikacyjny” i zniesienie wymogu retencji danych wyłącznie na terytorium RP, o których mowa w art. 47 ust 1.

3. Uwagi do Art. 53 PKE – nakaz zatrzymania świadczenia usług

Zgodnie z projektowanym przepisem, Prezes UKE, na uzasadnione żądanie uprawnionego podmiotu, niezwłocznie nakłada na przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej, w drodze decyzji, obowiązek blokowania, nie później niż w terminie 6 godzin liczonych od otrzymania decyzji, połączeń lub komunikatów elektronicznych przesyłanych w związku ze świadczoną publicznie dostępną usługą telekomunikacyjną, jeżeli mogą one zagrażać obronności, bezpieczeństwu państwa oraz bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu, albo umożliwienia dokonania takiej blokady przez uprawnione podmioty. Co więcej, przepis nadaje rygor natychmiastowej wykonalności takiej decyzji.

Uznając konieczność przeciwdziałaniu zagrożeniom bezpieczeństwa kraju uważamy, że 6 godzinny nakaz zatrzymania świadczenia usług może być niewykonalny. Usługi interpersonalne niewykorzystujące numerów są świadczone często poza granicami RP i ich zatrzymanie w tak krótkim czasie może być trudne. W praktyce może to oznaczać, że przedsiębiorca komunikacji elektronicznej, nie będzie miał możliwości dokładnej analizy treści decyzji. Co więcej, przedsiębiorca taki będzie zobowiązany do wykonania jej w ciągu kilku godzin, co może również oznaczać, że decyzja będzie musiała zostać wykonana w nocy, kiedy nie będzie dysponował personelem niezbędnym do podjęcia odpowiednich kroków technicznych. Przedsiębiorca nie będzie również dysponować skutecznymi środkami sprzeciwu w celu zakwestionowania legalności decyzji w rozsądnym terminie.

Ponadto, wątpliwość budzi tryb przekazania takiej decyzji (możliwość ‘ustna’). Wobec powyższego, obowiązek taki można uznać za sprzeczny z zasadami konstytucyjnymi. Zastosowane środki wydają się nieproporcjonalne i nieracjonalne, a często wręcz niemożliwe do spełnienia. Nie spełniają one zasady pewności prawa, ani nie gwarantują skutecznego środka odwoławczego od wydanej decyzji.

1. Uwagi do przepisów projektu PKE dotyczących nadużyć telekomunikacyjnych.

Na stosunkowo wczesnym etapie prac legislacyjnych w projekcie ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej (dalej „projekt PKE”) pojawiły się przepisy, których celem miało być zwalczanie



nadużyć telekomunikacyjnych. Przepisy te ulegały zmianom w toku prac legislacyjnych nad projektem PKE. Natomiast latem 2022 r. Kancelaria Prezesa Rady Ministrów rozpoczęła prace legislacyjne nad projektem ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej, która ma w sposób kompleksowy regulować problematykę zwalczania nadużyć w komunikacji elektronicznej. W związku z tym, że na tym etapie przepisy dotyczące zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych znajdowały się zarówno w projekcie PKE jak i w projekcie ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej podczas konsultacji publicznych projektu tej drugiej ustawy strona społeczna została poinformowana przez Projektodawcę, że przepisy dotyczące nadużyć telekomunikacyjnych zostaną usunięte z projektu PKE, a prace nad nimi będą kontynuowane w ramach projektu ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej.

Skierowana do Sejmu wersja projektu PKE w dalszym ciągu zawiera przepisy dotyczące nadużyć telekomunikacyjnych, a jednocześnie prowadzone są prace legislacyjne nad projektem ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej. W efekcie przepisy dotyczące tej samej materii znajdują się w dwóch równolegle procedowanych projektach ustaw, a każda z nich zawiera odmienne przepisy w tym zakresie.

W związku z powyższym zwracamy uwagę na konieczność przesądzenia, w toku dalszych prac legislacyjnych, która z projektowanych ustaw ma zawierać przepisy dotyczące zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych. Biorąc pod uwagę prowadzone przez Rząd prace nad projektem ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej uważamy, że rozwiązaniem optymalnym (i zgodnym z wcześniejszymi zapowiedziami strony rządowej) jest usunięcie z projektu PKE przepisów dotyczących zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych, tak, aby problematyka ta była przedmiotem regulacji wyłącznie dedykowanej, projektowanej ustawy o zwalczaniu nadużyć w komunikacji elektronicznej.

Ponadto, biorąc pod uwagę prowadzone przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne prace przygotowawcze lub wdrożeniowe, prosimy o jednoznaczną komunikację na temat tego, która z projektowanych ustaw i w jaki sposób będzie w przyszłości regulowała problematykę zwalczania nadużyć telekomunikacyjnych, gdyż przedsiębiorcy telekomunikacyjni – jeśli mają wykonywać te przepisy – muszą wiedzieć, do której z ustaw mają się dostosować.

KL/21/8/AM/2023

Tłoczono z polecenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej



21

member of **BUSINESSEUROPE**