

Warszawa, 27.08.2020 r.

Stanowisko Fundacji Instrat w sprawie nowego Prawa komunikacji elektronicznej

Dynamicznie postępująca cyfryzacja przekłada się na wszystkie sfery gospodarki oraz życia obywateli. Powstają nowe modele biznesowe, na rynku oferowane są nowe rodzaje towarów i usług, zmienia się sposób ich dostarczania i świadczenia. Innowacyjne rozwiązania technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT) oraz wykorzystywanie zaawansowanych systemów otwiera szereg nowych możliwości i niesie pozytywne skutki dla przedsiębiorców oraz konsumentów.

Jednakże poza oczywistymi korzyściami wynikającymi z możliwości komunikowania się za pośrednictwem internetu, stosowanie rozwiązań ICT niesie za sobą także wiele zagrożeń. Dzieje się tak między innymi dlatego, że prawo do tej pory nie nadążało za intensywnym procesem cyfryzacji przez co wiele kwestii związanych z przestrzenią cyfrową pozostaje nieregulowanych. Cyfryzacja kolejnych branż, pojawianie się nowoczesnych urządzeń (smartfonów, tabletów), udostępnianie technik nowej generacji (LTE, 5G) sprawia bowiem, że zmiany w sposobie wykorzystywania internetu nasilają się. **Z tego względu tak ważnym jest, by zapewnić odpowiednie środowisko regulacyjne przynoszące korzyści gospodarce oraz chroniące interesy obywateli.**

Zjawisko przenoszenia się świata do przestrzeni cyfrowej oraz zmian w sposobie komunikacji zostało zauważone przez ustawodawcę unijnego, który wskazał, że dotychczas występujący pakiet dyrektyw wdrożony w 2002 oraz znowelizowany w 2009 roku przestał być w pełni skuteczny. Z tego względu na arenie europejskiej zdecydowano o utworzeniu bardziej szczegółowego aktu prawnego wszechstronnie regulującego kwestie komunikacji elektronicznej. Projekt ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej (dalej „Pke”) jest natomiast odpowiedzią na wyżej wspomniany unijny akt prawny oraz stanowi implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej „Kodeks” lub „EKŁE”). Ponadto Projekt ma za zadanie dostosować obowiązujące na gruncie prawa polskiego przepisy oraz uregulować funkcjonowanie polskiego rynku komunikacji elektronicznej.

Co niezwykle ważne, Projekt dostrzega wreszcie funkcjonowanie platform cyfrowych i aplikacji i ich rosnącą rolę jako mediatorów komunikacji elektronicznej. **Już nie operatorzy telefonii komórkowej, ale firmy zarządzające zamkniętymi ekosystemami platform cyfrowych stają się kluczowymi podmiotami** wyznaczającymi granice i zasady tejże komunikacji - niejednokrotnie bez wiedzy regulatora, a ze szkodą dla użytkownika i obywatela lub przy naruszeniu jego praw. Do najistotniejszych z naszego punktu widzenia zagadnień projektowanej ustawy należy:

- a) jednoznaczne rozstrzygnięcie, że przedmiotem regulacji są dostawcy usług komunikacji elektronicznej obejmujące usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów,
- b) uregulowanie kwestii ogólnych obejmujących m.in. wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych i rejestru jednostek samorządu terytorialnego,
- c) obowiązki informacyjne podmiotów funkcjonujących na rynku komunikacji elektronicznej,
- d) obowiązki przedsiębiorców związane z bezpieczeństwem sieci i usług.

Rekomendujemy jednak usprawnienie ustawy przez:

- a) doprecyzowanie rozstrzygnięcia, że **regulacji podlegać będą wszyscy przedsiębiorcy umożliwiający komunikację za pośrednictwem internetu** (oferujący aplikacje, platformy cyfrowe lub inne serwisy) jednocześnie mający **“znaczącą obecność cyfrową”** w Polsce, co umożliwi odciążenie administracji i Prezesa UKE,
- b) objęcie **obowiązkiem wpisu do rejestru** także przedsiębiorstw świadczących usługi OTT,
- c) nałożenie **obowiązku regularnego raportowania** na temat prowadzonej działalności przez przedsiębiorców świadczących usługi polegające na komunikacji interpersonalnej,
- d) nałożenie **obowiązku przeprowadzania regularnego audytu bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych** oraz przekazywania jego wyników Prezesowi UKE.

a. **Zaktualizowanie definicji usługi komunikacji elektronicznej**

Do najistotniejszych zmian wprowadzanych nowym Pke należy przededefiniowanie pojęcia przedsiębiorcy komunikacyjnego i jasne zaznaczenie, że dostawcy usług komunikacji elektronicznej obejmuje także usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów, jak chociażby usługi poczty elektronicznej czy komunikatorów internetowych. Dzięki tak sprecyzowanym przepisom możliwym stanie się objęcie regulacją platform oraz serwisów takich, jak Facebook będący właścicielem nie tylko Messengera, lecz także WhatsAppa i Instagrama. Tym samym możliwym stanie się objęcie tych firm tym samym zakresem obowiązków, co przedsiębiorców tradycyjnego rynku telekomunikacyjnego. Poszerzenie regulacji wpłynie więc na zwiększenie kontroli nad podmiotami cyfrowymi, a ponadto przełoży się na zwiększenie się praw użytkowników-konsumentów korzystających z komunikatorów internetowych.

Jak zaznaczyło Ministerstwo Cyfryzacji określenie usługodawcy komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów odnosi się do podmiotu świadczącego usługi OTT (Over-the-top), czyli dostarczającego usługi za pośrednictwem internetu bez bezpośredniego zaangażowania dostawcy sieci. Warto jednak zauważyć, że pojęcie OTT odnosi się nie tylko do usług łączności komunikacyjnej, lecz także do usług związanych z dostarczaniem zawartości (np. Netflix, Spotify) czy innych usług (np. Uber, Glovo).

Europejski kodeks łączności elektronicznej koncentruje się na usługach OTT, które spełniają kryteria usługi łączności interpersonalnej, tzn. usługi umożliwiające interpersonalną i interaktywną wymianę informacji. Tym samym można by sądzić, iż **regulacji podlegać będą wszyscy przedsiębiorcy umożliwiający komunikację za pośrednictwem internetu** (a więc także takie serwisy, jak Uber czy Airbnb). Jest to zasadne, ponieważ działanie platform e-handlu czy e-usług również opiera się o komunikację interpersonalną, między urządzeniami końcowymi użytkowników. Nawet jeżeli wymieniane dane są wystandaryzowane, to ich wysłanie jest uzależnione od działania komunikacyjnego użytkownika. Tak szeroka interpretacja przepisów byłaby **pożądana z punktu widzenia obywateli-użytkowników**, jednak mogłaby prowadzić do nadmiernego przeciążenia administracji i Prezesa UKE. Z tego względu zachodzi potrzeba **dokładnego sprecyzowania**, którzy przedsiębiorcy umożliwiający komunikację interpersonalną bez wykorzystania numerów podlegać będą regulacji, a ponadto **wprowadzenia kryterium „znaczącej obecności cyfrowej”** zawężającego zakres podmiotowy regulacji do największych przedsiębiorców działających na rynku, np. według kryterium użytkowników lub przychodów osiągniętych w Polsce.

b) Uregulowanie kwestii ogólnych obejmujących m.in. wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych i rejestru jednostek samorządu terytorialnego

Nowa Ustawa Pke przewiduje konieczność zarejestrowania działalności gospodarczej w rejestrze prowadzonym przez Prezesa UKE. Jednakże zgodnie z art. 5 Projektu obowiązki temu podlegać mają jedynie przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Oznacza to, że wyłączeniu ulegną firmy świadczące usługi polegające na komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów, a więc platformy i serwisy zapewniające dostęp do komunikatorów czy poczty elektronicznej. Z drugiej zaś strony podmioty te uwzględniane są w dalszych przepisach Pke i traktowane są na równi z przedsiębiorcami świadczącymi usługi tradycyjnej telekomunikacji.

Zbliżone podejście organów do podmiotów tradycyjnej telekomunikacji oraz elektronicznej komunikacji interpersonalnej, a ponadto daleko idące kompetencje Prezesa UKE w zakresie kontroli przedsiębiorców świadczących usługi OTT pozwala jednak sądzić, że zasadne byłoby **objęcie obowiązkiem wpisu do rejestru także przedsiębiorstw świadczących usługi OTT**. Występowanie w rejestrze przyczyniłoby się bowiem do zarówno do zwiększenia transparentności przedsiębiorstw świadczących usługi polegające na komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów, jak i ułatwiłoby Prezesowi UKE nadzór nad tymi podmiotami.

c) Obowiązki informacyjne podmiotów funkcjonujących na rynku komunikacji elektronicznej

W zakresie obowiązków informacyjnych Prezesowi UKE dysponuje możliwością żądania informacji od wszystkich przedsiębiorców komunikacji elektronicznej (przedsiębiorców tradycyjnej telekomunikacji, a także tych świadczących usługi polegające na komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów). Z drugiej zaś strony coroczne przekazywanie danych dotyczących rodzaju i zakresu wykonywanej działalności ograniczone jest zostało jedynie do przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 20 Pke). Tym samym z obowiązku składania regularnych sprawozdań zwolnione zostały wszystkie podmioty, których usługi pozwalają na komunikację bez użycia tradycyjnych kanałów.

Wydaje się to nieuzasadnione zważywszy uwagę na fakt, że w dzisiejszych czasach komunikacja za pośrednictwem środków niewykorzystujących numerów (Messenger, WhatsApp) jest wykorzystywana znacznie częściej niż tradycyjne środki telekomunikacji. Z tego względu **obowiązek regularnego raportowania na temat**

prowadzonej działalności powinien dotyczyć przedsiębiorców świadczących usługi polegające na komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów w stopniu równym, a nawet większym niż przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

d) Obowiązki przedsiębiorców związane z bezpieczeństwem sieci i usług

Na gruncie art. 40 projektowanej Ustawy Pke, Prezes UKE może dokonywać oceny podjętych przez przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej środków technicznych i organizacyjnych, zaś przedsiębiorca komunikacji elektronicznej jest obowiązany do przekazania Prezesowi UKE, na jego zadanie, informacji niezbędnych do dokonania oceny. Ponadto Prezes UKE może, w drodze decyzji, nałożyć na przedsiębiorcę komunikacji elektronicznej obowiązek zastosowania dodatkowych środków technicznych i organizacyjnych lub w przypadku powstania uzasadnionych wątpliwości co do stosowania właściwych środków bezpieczeństwa, poddania się, na własny koszt, audytowi i udostępnienia Prezesowi UKE wyników tego audytu. W kontekście działalności przedsiębiorców świadczących usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujących numerów warto zwrócić jednak uwagę na fakt, że skala na jaką są prowadzone działania największych podmiotów świadczących usługi OTT (np. Facebook, Skype) oraz wolumen posiadanych przez te podmioty danych na temat ich użytkowników-konsumentów, stanowi ogromne ryzyko potencjalnych naruszeń. Tym samym, działalność przedsiębiorców cechujących się znaczącą obecnością cyfrową powinna zostać obwarowana **dodatkowymi zabezpieczeniami w postaci obowiązku przeprowadzania regularnego audytu bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych oraz przekazywania jego wyników Prezesowi UKE.**

Nowe Prawo komunikacji elektronicznej ma szansę znacząco wzmocnić kompetencje Prezesa UKE i tym samym odpowiedzieć na trwający wiele lat stan bezwładu i braku regulacyjnej ochrony na rynku komunikacji elektronicznej, dziś zdominowanym przez największe podmioty. Polska wytyczy wówczas jedną z najbardziej ambitnych w Europie ścieżek rozwoju dla dalszej cyfryzacji życia społecznego i gospodarczego w duchu ochrony interesów obywateli i użytkowników.