

**Notatka**  
**w sprawie projektu nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego**  
**w związku z wyrokiem ETS (C 492/07)**

*Notatka dotyczy projektu nowelizacji ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 17 grudnia 2009 r., przygotowanego w związku z wyrokiem ETS z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie C-492/07. W wyroku stwierdzono, że Polska nieprawidłowo implementowała dyrektywę 2002/21/WE w zakresie pojęcia „abonent” przez co pozbawiono niektórych użytkowników usług telekomunikacyjnych praw przysługujących im na podstawie dyrektyw UE. Notatka powinna dotyczyć następujących zagadnień:*

- 1. wpływu nowelizacji na obowiązki przedsiębiorców i związane z tym dodatkowe koszty,*
- 2. wpływu nowelizacji na prawa i wolności obywatelskie (ich ograniczenie) w związku z koniecznością przekazania operatorowi danych osobowych jako warunku uzyskania statusu abonenta.*
- 3. oceny definicji abonenta w kontekście różnic wynikających z proponowanej nowelizacji oraz postanowień dyrektyw i orzeczenia ETS.*

Uwagi ogólne

1. Proponowana nowelizacja zmienia definicję „abonenta” w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne („Pt”) w taki sposób, że jedyną cechą określającą abonenta jest pozostawanie w stosunku umownym z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zgodnie z wyrokiem ETS usunięto drugi element definiujący abonenta w postaci pisemnej formy umowy. W wyniku tej zmiany wszystkie podmioty, które zawarły w jakiegokolwiek formie umowę z dostawcą usług telekomunikacyjnych są abonentami w rozumieniu Pt. Zmiana ta wymusiła zróżnicowanie kategorii abonentów w związku z korzystaniem z niektórych uprawnień. W konsekwencji do ustawy wprowadzono kategorię „abonenta nie będącego stroną umowy pisemnej” oraz „abonenta, który udostępnił dane, o których mowa w art. 161 ust. 2 pkt 1-6”. W wyniku tych zmian w ustawie występują trzy kategorie abonentów: 1) abonenci, którzy zawarli umowę pisemną, 2) abonenci, którzy nie zawarli umowy na piśmie, 3) abonenci, którzy przekazali dostawcy dane identyfikacyjne. Pierwsza kategoria – czyli abonenci, którzy zawarli umowę pisemną nie są jednak nazwani wprost w ustawie, a jedynie można tę kategorię wyprowadzić w drodze interpretacji. Niektóre przepisy ustalają bowiem obowiązki dostawcy usług w stosunku do wszystkich abonentów, a dopiero przepis szczególny dotyczący jednej z pozostałych kategorii abonentów pozwala na stwierdzenie, że zasadniczy przepis dotyczy tylko abonentów, którzy zawarli umowę na piśmie. Zastosowana technika legislacyjna może jednak prowadzić do poważnych wątpliwości co do uprawnień abonentów nie posiadających umowy na piśmie (np. art. 59 ust. 1 i 2)
2. Zmiana definicji abonenta nie spowodowała zmian definicji dwóch pozostałych pojęć określających osoby korzystające z usług telekomunikacyjnych, czyli użytkownika końcowego i użytkownika. Dotychczas pod pojęciem użytkownika końcowego rozumiano osobę, która korzysta z usługi telekomunikacyjnej na podstawie umowy zawartej przez dokonanie czynności faktycznych lub żąda świadczenia takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb. Po nowelizacji, skoro wszystkie podmioty pozostające w stosunku umownym z dostawcą usług są abonentami nasiliły się wątpliwości dotyczące statusu użytkownika końcowego. Ustawa zawiera zaś bardzo wiele przepisów dotyczących użytkowników końcowych. Cały dział III ustawy jest poświęcony „ochronie użytkowników końcowych”, zaś rozdział 1 tego działu dotyczy „świadczenia usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym”. Obecnie trudno jest zdiagno-

zować wszystkie problemy interpretacyjne, które powstają na skutek zmiany definicji abonenta, która pośrednio zmienia sposób rozumienia pojęcia „użytkownik końcowy”.

3. Uzależnienie wykonywania niektórych uprawnień abonenta od przekazania dostawcy usług danych identyfikujących abonenta uważam za uzasadnione. Uzależnienie korzystania z niektórych uprawnień od przekazania danych niewątpliwie ogranicza konstytucyjną wolność i tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji). Jednakże Konstytucja dopuszcza takie ograniczenia art. 31 ust. 3 m.in. ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny oraz wolności i prawa innych. Przyznanie niektórych praw przewidzianych w ustawie Pt osobom, które nie przekazały swoich danych identyfikacyjnych mogłoby prowadzić do nadużyć w komunikowaniu, co zagrażałoby zarówno porządkowi publicznemu, jak i prawom oraz wolnościom innych użytkowników telekomunikacji.
4. W obecnej sytuacji zmiana definicji abonenta jest po wyroku ETS nieuchronna. Z uzasadnienia wyroku ETS wyraźnie wynika, iż można było uniknąć negatywnego wyroku przyznając określone uprawnienia, wymienione w wyroku ETS, użytkownikom końcowym, tak jak to zrobiono w odniesieniu do przenośności numerów. Zmiana definicji abonenta jest najgorszym z możliwych rozwiązań, gdyż wprowadza trudny do ogarnięcia chaos pojęciowy do ustawy. Obok abonenta i użytkownika końcowego pojawiają się w ustawie dodatkowe kategorie abonentów (zidentyfikowanych, nie posiadających umowy pisemnej), przez co ustawa staje się coraz mniej czytelna. Brak pełnego rozpoznania skutków, jakie w ustawie spowoduje zmiana definicji abonenta jest istotną wadą projektu.

#### Uwagi szczegółowe

##### Art. 1 pkt 1

Definicja abonenta jest prawidłowa. Mimo że nie powtarza dosłownie definicji abonenta z art. 3 lit. k) dyrektywy ramowej, to zawiera wszystkie konieczne elementy. Doprecyzowanie, iż umowa zawarta przez abonenta powinna dotyczyć świadczenia usług telekomunikacyjnych uważam za celowe.

##### Art. 59 ust. 2

Przepis art. 59 ust. 1 dotyczący przekazywania regulaminu przy zawarciu umowy i na każde żądanie abonenta obejmuje wszystkich abonentów. Przepis ust. 2 dotyczy tylko abonentów nie będących stroną umowy zawartej na piśmie, czyli powinien być traktowany jako przepis szczególny w stosunku do ust. 1. Relacja między przepisem ust. 1 i 2 nie jest jednak jasna, w szczególności w zakresie dostarczania regulaminu na żądanie abonenta nie będącego stroną umowy pisemnej. W stosunku do poprzedniego stanu prawnego, który całkowicie rozgraniczał obowiązki w odniesieniu do abonentów i użytkowników końcowych usługi przedpłaconej świadczonej w ruchomej publicznej sieci telefonicznej sytuacja ulega pogorszeniu dla dostawcy usług. Abonent, który nie ma umowy na piśmie może bowiem na podstawie ust. 1 żądać od dostawcy przekazania regulaminu na każde żądanie, niezależnie od podania go do publicznej wiadomości. Z analizy przepisów ust. 1 i 2 nie można bowiem wyprowadzić jednoznacznego wniosku, że przepis ust. 2 wyłącza w całości zastosowanie przepisu ust. 1 do abonentów nie posiadających umowy pisemnej. W ust. 1 należałoby dokonać zmian wyraźnie wskazujących, iż dotyczy on nie wszystkich abonentów, a jedynie abonentów będących stroną umowy pisemnej. Odwoływanie się do interpretacji opartej na rozróżnieniu przepisu ogólnego i szczególnego może być w tym przypadku niewystarczające.

## Art. 60

Przepis ten zawiera we wprowadzeniu do wyliczenia błęd w części dotyczącej odesłania do ust. 1, który nie istnieje.

## Art. 60a

W art. 60a zobowiązano dostawcę usług do dostarczania na piśmie wszystkich zmian warunków umowy, w tym zmian w regulaminie abonentom, którzy udostępnili swoje dane identyfikacyjne. W uzasadnieniu projektu podkreślono proekologiczne znaczenie ust. 1a, który przewiduje, iż na żądanie zidentyfikowanego abonenta dostawca usług przekazuje zmiany w umowie na podany adres poczty elektronicznej lub za pomocą innego środka komunikacji na odległość. Problem interpretacyjny dotyczący stosunku pomiędzy ust. 1 i ust. 1a dotyczy tego, czy przekazywanie zmian drogą elektroniczną jest dodatkowym kanałem komunikowania zmian, czy też przekazanie zmian drogą elektroniczną zwalnia dostawcę z przekazywania ich na piśmie. Z uzasadnienia projektu można wnioskować o takiej intencji ustawodawcy, ale nie znalazła ona dostatecznego wyrazu w tekście projektu. Z przepisów ust. 1 i 1a powinno wyraźnie wynikać, że jeżeli abonent wyraża wolę otrzymywania zmian drogą elektroniczną, to dostawca jest zwolniony z przekazywania ich na piśmie. W przeciwnym razie rozwiązanie przewidziane w ust. 1a staje się dodatkowym obciążeniem dla dostawcy usług, który po złożeniu żądania przez abonenta musi przekazać mu zmiany dwoma drogami – pisemną i elektroniczną. Aby uzyskać taki jednoznaczny stan i zrealizować intencję projektodawców wyrażoną w uzasadnieniu, przepis ust. 1 pkt 1 powinien otrzymać następujące brzmienie:

**„1) doręcza na piśmie abonentowi, który udostępnił swoje dane, o których mowa w art. 161 ust. 2 pkt 1-6, treść każdej proponowanej zmiany warunków umowy, w tym określonych w regulaminie, o którym mowa w art. 59 ust. 1 i 2, chyba że abonent wystąpił z żądaniem określonym w ust. 1a, oraz”**

Podobne rozwiązanie zastosowano w ust. 4 („chyba, że abonent wyrazi zgodę na otrzymywanie tych informacji w innej formie w szczególności za pomocą bezpośredniego porozumiewania się na odległość”), co powoduje że przekazanie informacji drogą elektroniczną jednoznacznie zwalnia dostawcę z przekazywania jej drogą pisemną.

## Art. 61

W art. 61 ust. 5 i 5a występuje podnoszony już wyżej problem relacji obowiązku polegającego na przekazywaniu zmian drogą pisemną i drogą elektroniczną. Przepis ust. 5 przewiduje obowiązek przekazywania zmian w cenniku na piśmie. Przepis ust. 5a przewiduje możliwość złożenia żądania przez abonenta, aby zmiany były przekazywane drogą elektroniczną, ale przepisy ust. 5 i 5a zostały sformułowane w taki sposób, iż złożenie żądania przekazywania zmian drogą elektroniczną nie wyłącza w sposób jednoznaczny obowiązku przekazywania ich na piśmie. Osiągnięcie celów proekologicznych wyrażonych w uzasadnieniu projektu wymagałoby wyraźnego przesądzenia, że złożenie żądania przekazywania zmian drogą elektroniczną zwalnia dostawcę z obowiązku przesyłania ich na piśmie. W celu uzyskania takiego jednoznacznego stanu przepis ust. 5 powinien otrzymać następujące brzmienie:

**„ 5. Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych doręcza na piśmie abonentowi, który udostępnił swoje dane, o których mowa w art. 161 ust. 2 pkt 1-6, z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 5a, oraz podaje do publicznej wiadomości treść każdej proponowanej zmiany w cenniku, z wyprzedzeniem co najmniej jednego miesiąca przed wprowadzeniem tych zmian w życie. Jednocześnie abonent powinien zostać poinformowany o prawie wypowiedzenia umowy w przypadku braku akceptacji zmiany w cenniku.”,**

#### Art. 71

Celowe jest rozważenie, czy prawo do przeniesienia numeru do sieci innego operatora nie powinno przysługiwać tylko abonentowi, który udostępnił swoje dane, o których mowa w art. 161 ust. 2 pkt 1-6. Realizacja przeniesienia numeru na rzecz abonentów, którzy nie dokonali uprzedniej identyfikacji może prowadzić do nadużyć.

#### Art. 80

Przepis ust. 1a budzi zasadnicze wątpliwości. Pierwsza wątpliwość dotyczy tego, czy usługa dostarczenia podstawowego wykazu usług jest odpłatna, czy też ma być wykonywana nieodpłatnie. Przepis ust. 1, który ma zastosowanie do wszystkich abonentów wyraźnie przesądza, że podstawowy wykaz jest dostarczany abonentowi nieodpłatnie. Te elementy z ust. 1, które nie zostały wyraźnie uregulowane w sposób odmienny w ust. 1a będą stosowane w odniesieniu do usług przedpłaconych, a zatem dostarczanie podstawowego wykazu usług powinno następować nieodpłatnie. Wniosek ten wzmacnia dodatkowo argumentacja z ust. 2, w którym zaznaczono, że za wykaz szczegółowy „może być pobierana opłata w wysokości określonej w cenniku”. Ponieważ nie ma takiego zastrzeżenia w odniesieniu do wykazu podstawowego dla abonentów usługi przedpłaconej, to wniosek o nieodpłatnym przekazywaniu wykazów podstawowych usług przedpłaconych ma mocne oparcie w proponowanych zmianach. Obowiązek taki będzie bardzo poważnym obciążeniem dla operatorów sieci komórkowych. Nałożenie takiego obowiązku nie ma oparcia w dyrektywie, ani w wyroku ETS. Wyrok ETS podkreśla, że wszyscy abonenci powinni mieć prawo do otrzymywania rachunków, które nie są szczegółowe (pkt 8, drugi akapit uzasadnienia), ale nie wymaga, aby były one przekazywane bezpłatnie. W świetle dyrektywy o usłudze powszechnej obowiązek nieodpłatnego przekazywania wykazów usług dotyczy tylko usługi powszechnej (załącznik nr I, część A w związku z art. 10 dyrektywy).

Ponieważ obowiązek uregulowany w ust. 1a dotyczy wielu milionów abonentów usług przedpłaconych, więc powinien być on sformułowany w sposób wyraźny. Nie spełnia tego warunku sformułowanie o przekazywaniu wykazu „w uzgodnionych terminach”. Obowiązek prowadzenia negocjacji z abonentami co do terminów przekazywania wykazów będzie obciążać dostawców usług i może być źródłem konfliktów. Przepis nie precyzuje również sposobu dostarczania wykazu, a zatem abonent może żądać dostarczenia wykazu na piśmie, co będzie źródłem poważnych kosztów po stronie operatorów. Obydwie kwestie będą niewątpliwie źródłem znacznych kosztów, jeżeli wykazy miałyby być dostarczane nieodpłatnie. Dlatego podstawowa sprawa wymagająca przesądzenia dotyczy prawa dostawcy do pobierania opłat za przekazanie podstawowego wykazu, tym bardziej że abonenci usług przedpłaconych nie ponoszą opłaty abonamentowej, która mogłaby pokrywać wykonywanie tego obowiązku zgodnie z żądaniem abonenta. W tym celu przepis ust. 1a powinien otrzymać następujące brzmienie:

**„1a. W przypadku usługi przedpłaconej świadczonej w publicznej sieci telefonicznej, dla abonenta, który udostępnił swoje dane, o których mowa w art. 161 ust. 2 pkt 1-6, podstawowy wykaz wykonanych usług telekomunikacyjnych, o którym mowa w ust. 1, dostarczany jest na jego żądanie w uzgodnionych terminach i obejmuje wyłącznie wykaz takich usług wykonanych po złożeniu żądania przez tego abonenta. Za dostarczenie wykazu może być pobierana opłata w wysokości określonej w cenniku.”**

#### Art. 105

Zmiany w art. 105 ust. 1 i 3 nie są w żaden sposób związane z wykonywaniem wyroku ETS i uzasadnienie projektu wprowadza w błąd w tej sprawie. Zmiana w ust. 1 polega na rozcią-

gnięciu obowiązku wypłacania kar umownych za przerwy w świadczeniu usługi, który dotychczas dotyczy jedynie usługi powszechnej, na wszystkie usługi telekomunikacyjne. Nie ma to żadnego związku z wykonywaniem wyroku ETS. Proponowana zmiana zasadniczo pogarsza sytuację wszystkich dostawców usług telekomunikacyjnych w porównaniu z dostawcą usługi powszechnej. Dostawca usługi powszechnej, zgodnie z art. 104 ust. 2 Pt odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powszechnej jedynie w zakresie określonym ustawą. Dotychczas przepisy art. 105 określały tę odpowiedzialność jedynie w odniesieniu do TP. Zmiana w art. 105 ust. 1 i pozostawienie dotychczasowej treści art. 104 ust. 1 Pt zgodnie z którym przedsiębiorcy telekomunikacyjni odpowiadają na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, powoduje że niezależnie od ogólnej odpowiedzialności na podstawie kc, dostawcy usług będą dodatkowo zobowiązani do zapłaty kar umownych określonych w ust. 1. Natomiast TP będzie ponosić odpowiedzialność jedynie w zakresie określonym w Pt. Zmiana powyższa nie została w żaden sposób uzasadniona. Z powyższych względów zmiana w art. 105 ust. 1 powinna zostać wyłączona z zakresu ustawy nowelizacyjnej poświęconej wykonaniu wyroku ETS.

Podobny zarzut należy postawić w odniesieniu do zmiany w ust. 3, która również powinna być usunięta z projektu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest zobowiązany do zwrotu opłaty za niezrealizowaną usługę na podstawie ogólnych zasad kc. Przedsiębiorcy określają sposób wykonania obowiązku odszkodowawczego i zwrotu opłaty w regulaminach świadczenia usług, które podlegają kontroli Prezesa UKE i Prezesa UOKiK.

Istotne zastrzeżenia budzi ostatnie zdanie w ust. 3, zgodnie z którym przedsiębiorca jest zobowiązany do udostępnienia abonentowi informacji niezbędnych do ustalenia kwoty odszkodowania. Bardzo trudno jest ustalić zakres żądań, które mogą być kierowane przez abonentów do dostawcy na podstawie tego przepisu, szczególnie w sieciach ruchomych. Przepis umożliwia m.in. wystąpienie o udostępnienie przez dostawcę wykazu wszystkich awarii w sieci ruchomej za okres rozliczeniowy. Ponieważ prawo do odszkodowania jest określone w formie kary umownej, a zatem bez konieczności wykazywania rzeczywistej szkody, to proponowany przepis może skłaniać do występowania z żądaniami odszkodowania za szkody, które w rzeczywistości nie zostały poniesione.

Stanisław Piątek  
14.1.2010