



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

VII.501.5.2017.AG

**Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu RP**

W dniu 30 maja 2017 r. Rada Ministrów skierowała do Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy o opłatach abonamentowych oraz ustawy o radiofonii i telewizji (wersja z dnia 24 maja 2017 r., UD 213, dalej jako: projekt ustawy), przewidujący przede wszystkim nowelizację ustawy z dnia 21 kwietnia 2005 r. o opłatach abonamentowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1204 ze zm.; dalej jako: ustawa). Jako Rzecznik Praw Obywatelskich z uwagą monitoruję inicjatywy ustawodawcze, które mogą wiązać się z ograniczeniem praw i wolności człowieka i obywatela - w tym przypadku prawa do ochrony danych osobowych, będącego elementem wyrażonej w art. 51 Konstytucji RP zasady autonomii informacyjnej. Docierają do mnie również informacje pochodzące od zaniepokojonych dostawców usług telewizji płatnej, na których mają zostać nałożone obowiązki związane z przekazywaniem danych osobowych ich klientów. Otrzymałem również opinię Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (pismo z dnia 20 marca 2017 r. nr 162/PIKE/2017) oraz kopię skargi skierowanej przez izby samorządu gospodarczego mediów i telekomunikacji do Komisji Europejskiej (pismo z dnia 26 kwietnia 2017 r.) z prośbą o interwencję.

Ponieważ przedstawiony projekt, mimo sformułowania przeze mnie uwag na etapie konsultacji społecznych, nadal rodzi istotne wątpliwości, pragnę je przedstawić Panu Marszałkowi.

Projekt ustawy wprowadza dodatkowe - do już istniejącego w ustawie - domniemanie, zgodnie z którym odbiorca końcowy, będący stroną umowy o dostarczanie telewizji płatnej (zdefiniowanej w dodawanym art. 2 ust. 9 ustawy), posiada odbiornik telewizyjny w stanie umożliwiającym natychmiastowy odbiór programu (dodawany art. 2 ust. 2a). W art. 3 projektu ustawy przewidziano, że jeżeli zawarcie umowy o dostarczanie telewizji płatnej nastąpiło przed dniem wejścia jej w życie, a umowa pozostaje w mocy po tej dacie, wówczas domniemanie, o którym mowa w dodawanym art. 2 ust. 2a, stosuje się tak, jakby zawarcie tej umowy nastąpiło z dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej. W związku z tym domniemanie, na dostawców usług telewizji płatnej, zdefiniowanych w dodawanym art. 2 ust. 8 ustawy, nakłada się obowiązek przesłania w sposób zbiorczy zgłoszeń otrzymanych w danym miesiącu kalendarzowym (dodawany art. 5b ust. 2). Ponadto, w dodawanym art. 5c ust. 1 przewiduje się przekazywanie przez dostawcę usług telewizji płatnej w celu ustalenia przez operatora wyznaczonego podmiotu obowiązanego do uiszczania opłaty abonamentowej informacji o każdej zawartej przez niego umowie o dostarczanie telewizji płatnej oraz wymienione w tym przepisie informacje. Wreszcie, w art. 4 projektu ustawy nakłada się obowiązek przekazania odbiorcy końcowemu określonego komunikatu, informującego o tym, że właściwe dane zostaną przekazane operatorowi wyznaczonemu.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że jej celem jest „poprawa skuteczności poboru opłat abonamentowych, jako źródła finansowania realizacji misji publicznej radiofonii i telewizji”, a potrzeba uchwalenia ustawy „wynika z praktycznej dysfunkcyjności istniejących rozwiązań dotyczących opłat abonamentowych”.

Nie kwestionując konieczności przyjęcia przepisów, które będą sprzyjały poprawie obowiązujących rozwiązań i naprawie zdiagnozowanych problemów, a co za tym idzie - realizowaniu misji publicznej mediów - pragnę podkreślić, że w trakcie prac nie rozważono żadnych innych, alternatywnych sposobów osiągnięcia zamierzonego celu. W dołączonej do projektu ustawy ocenie skutków regulacji nie zamieszczono żadnych informacji na temat możliwych alternatywnych rozwiązań ani ich analizy. **Pragnę zatem wskazać na wady zaproponowanego rozwiązania.**

Przed wszystkim należy zaznaczyć, że projekt ustawy zakłada włączenie do procesu rejestracji odbiorników oraz identyfikacji podmiotów obowiązanych do wnoszenia opłat

abonamentowych dostawców usług telewizji płatnej. Zasady przetwarzania danych osobowych, w tym ich gromadzenia czy przekazywania, uregulowane są w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 922; dalej jako: uodo). Przesłanki dopuszczalności przetwarzania danych określa art. 23 ustawy. W kontekście przedmiotu projektu ustawy, zgodnie z art. 23 ust. 1 uodo należy wskazać na trzy przesłanki: przetwarzanie danych jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych (pkt 1) albo gdy jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa (pkt 2), wreszcie, gdy jest to niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego (pkt 4). Uchwalenie ustawy w kształcie zaproponowanym w projekcie niewątpliwie oznaczać będzie przyjęcie przepisu prawa, nakładającego stosowny obowiązek dotyczący przetwarzania danych.

Problemem jest jednak kwestia interpretacji art. 26 ust. 2 uodo, który to przepis wymienia trzy **przesłanki legalności przetwarzania danych w celu innym niż ten, dla którego zostały zebrane**: 1) brak naruszenia praw i wolności osoby, której dane dotyczą, 2) w celach badań naukowych, dydaktycznych, historycznych lub statystycznych, 3) z zachowaniem przepisów art. 23 i 25. W komentarzu do ustawy o ochronie danych osobowych wskazuje się, że przesłanki te mają być spełnione kumulatywnie (por. Janusz Barta, Paweł Fajgielski, Ryszard Markiewicz, *Komentarz do art.26 ustawy o ochronie danych osobowych*, Lex 2015 nr 479001), chociaż autorzy wskazują także na istnienie poglądów odmiennych. Nie jest rolą Rzecznika rozstrzyganie takich wątpliwości, jednak powinny one zostać w tym miejscu zasygnalizowane, a ostatecznie zajęte stanowisko w tej sprawie przekonująco uzasadnione przez ustawodawcę. W omawianym przypadku **cel przetwarzania danych osobowych dostarczonych przez osoby zawierające umowę o dostarczenie telewizji płatnej jest bowiem inny niż cel, dla którego operator wyznaczony (Poczta Polska) będzie przetwarzać dane otrzymane od dostawców usług telewizji płatnej**. Dalsze przetwarzanie w tym przypadku nie jest zatem kompatybilne (zgodne i niesprzeczne, co nie znaczy identyczne) z pierwotnym celem zbierania informacji.

W tym miejscu należy również wyrazić wątpliwości, czy w tym zakresie przedstawiony projekt jest zgodny z przepisami prawa UE regulującymi zasady przetwarzania danych osobowych, w tym obowiązującej nadal dyrektywy 95/46/WE

Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, a w szczególności art. 7 lit. e oraz art. 6 ust. 1 lit b (Dz. Urz WE L 281 z 23.11.1995, s. 31 ze zm.). W art. 7 lit. e dyrektywy 95/46/WE wyraźnie podkreśla się wymóg „konieczności” jako przesłankę dopuszczalności przetwarzania danych. W przypadku projektowanej ustawy wymóg ten może nie być spełniony, bowiem w istocie operator pocztowy może wykonywać swoje zadania związane z ustalaniem podmiotów zobowiązanych do pobierania opłat również nie korzystając z baz danych osobowych dostawców usług telewizji płatnej. Wątpliwości budzi też realizacja wymogu wskazanego w art. 6 ust. 1 lit. b dyrektywy 95/46/WE, a zatem niepoddawanie danych dalszemu przetwarzaniu w sposób niezgodny z celem, dla którego dane zostały zebrane. Projektowana ustawa tymczasem zakłada nieuprawnioną zmianę celu przetwarzania danych osobowych abonenta.

Pragnę również przypomnieć, że w dniu 25 maja 2018 r. zacznie być bezpośrednio stosowane 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 (tzw. ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE. L 119 z 4.5.2016, s. 1, dalej jako: rodo). Chociaż na tym etapie trudno jest odnieść się do kwestii konieczności jako przesłanki przetwarzania danych w celach publicznych (art. 6 ust. 1 lit. e rodo), bowiem akurat wyjątkowo w tym przypadku rodo zezwala na doprecyzowanie tego przepisu w prawie krajowym, to jednak pozostaje jeszcze kwestia zmiany celu przetwarzania danych. Art. 5 ust. 1 lit b rodo wyraźnie stanowi, że dane osobowe muszą być zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami. Rozporządzenie, zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, rozporządzenie UE będzie mieć pierwszeństwo w razie sprzeczności z ustawami. Wszystkie podmioty zatem będą zobowiązane, by nie stosować ustawy, która będzie sprzeczna z rozporządzeniem UE. Wątpliwości w tym zakresie będą przedmiotem orzeczeń sądów krajowych, a następnie Trybunału Sprawiedliwości UE. Warto przy tym

przypomnieć, że w grudniu 2016 r. TSUE wydał wyrok w sprawie m.in. szwedzkiej firmy telekomunikacyjnej Tele2 (wyrok TSUE z 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-203/15, ECLI:EU:C:2016:970), która - powziąwszy wątpliwości dotyczące obowiązków nałożonych na nią przez prawo krajowe w kontekście prawa UE - odmówiła wykonania tych obowiązków (retencji danych) i zaprzestała przekazywania danych telekomunikacyjnych właściwym podmiotom. W wyniku krajowego postępowania sądowego sprawa trafiła do TSUE, który ostatecznie wydał wyrok, w którym dokonał wykładni przepisów prawa UE przemawiającej na korzyść Tele2.

Pragnę ponadto zaznaczyć, że zgodnie z art. 159 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm.; dalej jako: Prawo telekomunikacyjne), tajemnicą telekomunikacyjną objęte są m.in. dane dotyczące użytkownika. W art. 159 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego wyraźnie zakazuje się przekazywania treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu. Podobnie jak w przypadku uodo, Prawo telekomunikacyjne oczywiście również przewiduje odstępstwa od obowiązku zachowania tej tajemnicy. Wśród przesłanek uzasadniających dopuszczalność odstępstwa od zakazu ujawniania tajemnicy telekomunikacyjnej wymienia m.in. inne powody przewidziane ustawą lub przepisami odrębnymi. **Ustawa o opłatach abonamentowych, po nowelizacji zaproponowanej w projekcie ustawy, taką podstawę ustawową będzie wprowadzać, tym niemniej** - w świetle zasad dopuszczalnej ingerencji w konstytucyjne prawo do prywatności oraz prawo do autonomii informacyjnej, wyrażone w art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji RP - **takie rozwiązanie wymaga uzasadnienia przez ustawodawcę w kontekście „niezbędności w demokratycznym państwie prawnym”**. Nie może to być zatem czysto formalny zabieg, polegający na przyjęciu podstawy ustawowej, lecz musi towarzyszyć temu również uzasadnienie merytoryczne. Uzasadnienie do projektu ustawy nie wyjaśnia w ogóle dlaczego akurat takie, a nie inne, rozwiązanie zaproponowano, nie odniesiono się również do kryteriów, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, czy też w art. 51 ust. 2 Konstytucji RP.

Wreszcie Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 9 września 2004 r. w sprawie o sygn. akt K 2/03 uznał opłatę abonamentową za „przymusowe, bezzwrotne świadczenie publicznoprawne, służące realizacji jednego z konstytucyjnych zadań państwa”, polegające

na finansowym wsparciu misji publicznej realizowanej przez jednostki radiofonii i telewizji. Organem władzy publicznej odpowiedzialnym za realizację tego zadania jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, która, zgodnie z art. 213 ust. 1 Konstytucji RP, „stoi na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji” (wyrok o sygn. akt K 2/03). Skoro więc opłata ta - zdaniem TK - jest pomyślana jako danina publiczna, którą od klasycznej daniny publicznej, o jakiej mowa w art. 217 Konstytucji RP, odróżnia celowy charakter, to **nie wydaje się dopuszczalne różnicowanie sytuacji osób zobowiązanych do jej ponoszenia i wprowadzanie regulacji, które w istocie proponują rozwiązanie tylko części problemu.** Należy bowiem zauważyć, że nie każde gospodarstwo domowe ma zawartą umowę o dostarczanie telewizji płatnej. Ponadto, część osób korzystających z telewizji naziemnej nigdy nie zarejestrowało odbiornika. W efekcie uszczelnienie systemu, wskazane jako cel w projekcie ustawy, dotyczyć będzie wyłącznie części osób zobowiązanych do ponoszenia opłat abonamentowych. Nie bez znaczenia pozostają również argumenty podnoszone przez operatorów, zgodnie z którymi przyjęcie projektu w zaproponowanym kształcie może w praktyce oznaczać rezygnację abonentów na rzecz płatnych platform i serwisów umiejscowionych poza terytorium Polski, co w efekcie doprowadzi do utraty przychodów przez Skarb Państwa, a także Polski Instytut Sztuki Filmowej¹. Głosy te powinny zostać należycie uwzględnione w toku prac nad rozwiązaniami dotyczącymi finansowania realizacji misji publicznej publicznego radia i telewizji. Nieprzekonująca z tego punktu widzenia jest również koncepcja włączenia podmiotów prywatnych (dostawców usług telewizji kablowej) w proces poboru daniny publicznej poprzez zobowiązanie ich do przekazania danych osobowych osób zawierających umowę o dostarczanie usług telewizji płatnej. Pozyskiwanie danych osobowych do celów publicznoprawnych prowadzić będzie bowiem do zmiany warunków umów zawartych wcześniej w trybie prywatnoprawnym, co może budzić obawy z punktu widzenia ochrony praw stron takiej umowy.

Chociaż zatem w istocie konieczne jest podjęcie działań, które mogłyby przyczynić się do rozwiązania istniejącego problemu, zdefiniowanego w uzasadnieniu do przedstawionego projektu jako „dysfunkcjonalność istniejących rozwiązań”, to jednak

¹ Informacja za: L. Kostrzewski, *Cyfrowy Polsat: przekazywanie danych o klientach Poczcie Polskiej niezgodne z konstytucją*, <http://wyborcza.pl/7,155287,21483319,cyfrowy-polsat-przekazywanie-danych-o-klientach-poczcie-polskiej.html>, pobrano 13 marca 2017 r.

wybór przedstawionego środka, godzącego w szczególności w prawo do ochrony danych osobowych osób fizycznych, rodzi wątpliwości z punktu widzenia ochrony praw obywatelskich. Należy przy tym dodać, że w raporcie z konsultacji projektu ustawy o zmianie ustawy o opłatach abonamentowych (wersja z 19 kwietnia 2017 r.), dołączonym do projektu ustawy poinformowano, że Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych w piśmie o sygn. DOLiS-023-86/12/BG/19673 sformułował stanowisko odmienne od wyrażanego m.in. w opinii RPO. Jednak pismo GIODO, na które powołuje się projektodawca, dostępne jest na stronie Rządowego Centrum Legislacji² i wynika z niego, że pozytywna ocena dotyczy uwzględnienia części uwag zgłoszonych na wcześniejszych etapach uzgodnień. Jednak GIODO nadal stwierdza, że „podtrzymuje wątpliwości wobec koncepcji zaangażowania dostawców usług telewizji płatnej, a więc **podmiotów prywatnych**, w proces poboru opłat abonamentowych, będących rodzajem **daniny publicznej**, poprzez możliwość pozyskiwania przetwarzanych przez nich danych odbiorców końcowych” (podkr. oryginalne). Dalej dodaje, że „w razie przyjęcia zaproponowanych przepisów dochodzić będzie do pozyskiwania danych osobowych w drodze **ustawowej zmiany warunków umów** o charakterze **prywatnoprawnym**, co wydaje się wysoce wątpliwe z punktu widzenia ochrony praw konsumentów, będących podmiotami tychże danych. Pozostające poza wolą stron umowy, zarówno zmiana pierwotnego celu przetwarzania danych, jak i możliwość udostępnienia danych osobowych innemu podmiotowi nie powinna być wprowadzana poprzez nowelizację obowiązujących przepisów prawa, chociażby ze względu na to, że dotyczyłoby zawartych już, trwających umów”. **Trudno jest zatem zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w raporcie z konsultacji, że GIODO sformułował stanowisko odmienne od prezentowanego przez RPO i inne podmioty na etapie konsultacji społecznych.** Należy zatem uznać, że wątpliwości przedstawione przez Rzecznika Praw Obywatelskich w piśmie skierowanym do Wiceprezesa Rady Ministrów - Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w dniu 23 marca 2016 r. (pismo nr VII.501.5.2017.AG³) zostały dostatecznie wyjaśnione, a zatem zmuszony jestem wszystkie uwagi podtrzymać.

² <http://legislacja.gov.pl/docs//2/12296000/12419502/12419505/dokument279152.pdf>

³ <http://legislacja.gov.pl/docs//2/12296000/12419508/12419511/dokument283114.pdf>

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2017 r., poz. 958), **przedstawiam Panu Marszałkowi powyższe uwagi, z uprzejmą prośbą o przekazanie ich do wiadomości Pań i Panów Posłów oraz do właściwych organów Sejmu RP, w których rozpatrywany będzie projekt.**

Do wiadomości:

Pani

Edyta Bielak-Jomaa

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych