

STANOWISKO

PREZESA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

DO

PRZYGOTOWANEGO PRZEZ MINISTRA TRANSPORTU I BUDOWNICTWA

PROJEKTU ZAŁOŻEŃ DO USTAWY O SPAM I SPYWARE

Warszawa dnia, 21 kwietnia 2006 r.

I. Zagadnienia wstępne

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej „Prezesem UOKiK”) w pełni popiera działania podejmowane przez Ministra Transportu i Budownictwa (zwanego dalej „Ministrem TiB”) w zakresie przeglądu obowiązującego ustawodawstwa i ujednolicenia obowiązujących regulacji. Z obserwacji Prezesa UOKiK wynika, iż „przestrzeń internetowa” staje się coraz bardziej eksploatowanym środowiskiem, w którym skupia się zarówno zawodowa, jak i towarzyska aktywność konsumentów. Rozpowszechnienie tego nowego medium komunikacyjnego niesie jednak za sobą pewne niebezpieczeństwa związane z podstawowymi zasadami rządzącymi internetem, takimi jak: transgraniczność, anonimowość, techniczne możliwości manipulowania treścią, bardzo dynamiczny rozwój zarówno platform komunikowania się, jak i różnorodność problemów, z którymi borykają się konsumenci. Z tego też powodu specyfika internetu wymaga od ustawodawcy zarówno elastycznego, jak i neutralnego technologicznie podejścia do nowo tworzonych regulacji.

Przedstawiony przez Ministra TiB projekt pt.: „Założenia do ustawy o *spam i spyware*” (zwany dalej „Założeniami”) składa się z dwóch samodzielnych części. Pierwsza część przygotowanego dokumentu stanowi syntetyczny i bardzo kompleksowy przegląd obowiązujących w chwili obecnej regulacji, w tym w szczególności zdefiniowanych w kodeksie karnym przepisów penalizujących przestępstwa popełniane w sieciach teleinformatycznych. Lektura tej części Założeń nasuwa spostrzeżenie, iż polski ustawodawca poprzez wprowadzenie ogólnych i neutralnych technologicznie karnych regulacji prawnych, w sposób dostateczny określił poziom ochrony użytkowników sieci internet. W ocenie Prezesa UOKiK, przedłożona analiza prowadzi do wniosku, iż przy dokonaniu pewnych korekt w zakresie definiowania przestępczości teleinformatycznej, możliwe będzie zapewnienie polskim konsumentom odpowiednich standardów ochrony przed nadużyciami mającymi miejsce w sieci. Druga część stanowi natomiast bardzo rozbudowaną analizę i propozycję zmian strukturalnych w obowiązujących przepisach oraz zmian instytucjonalnych.

W ocenie Prezesa UOKiK warto podkreślić bardzo duże zaangażowanie ze strony przedstawicieli biznesu, w tym w szczególności Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (zwanej dalej „PIIT”), która już na wstępnym etapie prac nad założeniami do ustawy włączyła się bardzo aktywnie w prowadzone działania poprzez przygotowanie obszernego i cennego z punktu widzenia równoważenia interesów wszystkich uczestników

rynku teleinformatycznego stanowiska.¹ Mając na uwadze wysoce skomplikowaną technologicznie materię przedmiotowych działań legislacyjnych, pożądanym wydaje się zasięgnięcie opinii izb, stowarzyszeń oraz towarzystw zaangażowanych w promocję ideologii społeczeństwa informatycznego oraz propagowanie gospodarki opartej na wysoko rozwiniętej technologii.

Jednocześnie, Prezes UOKiK pragnie podkreślić, iż w jego ocenie praca nad przedmiotową regulacją będzie wymagała zasięgnięcia opinii oraz współpracy z Radą Języka Polskiego, bowiem jak słusznie zauważył PIIT wiele określeń opisujących działania w interencje, choć powszechnie zrozumiałych przez internautów, nie ma swoich polskich odpowiedników. Natomiast zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 października 1999r. o języku polskim (Dz.U. Nr. 90 poz. 999 z późn. zm.), w szczególności jej rozdziału 2 – ochrona prawna języka polskiego w życiu publicznym – organy państwowe są zobowiązane do dokonywania wszelkich czynności urzędowych z poszanowaniem języka narodowego, przy czym dozwolone wykorzystanie zwrotów obcojęzycznych w działaniach publicznych jest dopuszczalne, zgodnie z art. 11 ustawy jedynie w przypadku zaczerpniętych z języków obcych nazw własnych. W ocenie Prezesa UOKiK sformułowania takie jak: „malware”, „spyware”, „adware”, „phishing”, „hacking”, „spoofing”, „spam”, „spim” czy „spit” nie powinny zostać zaklasyfikowane jako nazwy własne w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy o języku polskim.

Ze względu jednak na często transgraniczny charakter omawianych problemów, w tym w szczególności przestępstw teleinformatycznych słusznym jest posłużenie się, na potrzeby roboczych materiałów, przyjętymi w języku internautów angielskojęzycznymi pojęciami, które paradoksalnie w bardziej intuicyjny niż polskie odpowiedniki sposób, także dla polskiego konsumenta, opisują działania mające miejsce w internecie. Dlatego, w ocenie Prezesa UOKiK, warto zwrócić uwagę na przydatność zamieszczenia w uzasadnieniu do planowanej regulacji odniesienia do angielskojęzycznych zwrotów.

Dodatkowo, Prezes UOKiK pragnie zwrócić uwagę, iż przygotowane przez Ministra TiB Założenia nie rozstrzygają definitywnie, czy potrzebne jest tworzenie odrębnego aktu prawnego dotyczącego bezpieczeństwa teleinformatycznego, czy też ustawa o roboczej nazwie „ustawa o *spam* i *spyware*” powinna stanowić akt prawny nowelizujący obowiązujące obecnie regulacje, w tym w szczególności ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r kodeks karny

¹ Stanowisko PIIT opublikowane zostało na stronie Izby i dostępne jest pod adresem http://www.piit.org.pl/_gALLERY/31/63/3163.pdf

(Dz.U. Nr.88 poz. 553 z późn. zm.) zwaną dalej „kk”, ustawę z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144 poz. 1204 z późn. zm.) zwaną dalej „usude”, ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm) zwaną dalej „uznk” oraz ustawę z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800 z późn. zm.).

II. Zmiany w zakresie regulacji karnych

W ocenie Prezesa UOKiK, przyjęcie założenia, iż ustawa o *spam* i *spyware* stanowić będzie akt prawny nowelizujący obowiązujące obecnie regulacje, pozwoliłoby na dokonanie ewentualnych korekt materialnego prawa karnego w drodze nowelizacji przepisów kodeksu karnego i innych. Z samego tekstu Założeń wynika bowiem, że przepisy materialnego prawa karnego wymagają zmian w celu zapewnienia pełnej zgodności z wiążącym Rzeczpospolitą Polską prawem europejskim i międzynarodowym.

W związku z powyższym rozważenia wymaga, po pierwsze, wprowadzenie karalności przygotowania do wybranych przestępstw dotyczących przestępczości komputerowej, po drugie, objęcie odpowiedzialnością za przestępstwa hackingu i sabotażu komputerowego osób prawnych, którym czyn zabroniony przysparza korzyści, po trzecie, zmiana przepisu art. 267 § 1 kk w taki sposób, aby znamiona przestępstwa hackingu wypełniał umyślny bezprawny dostęp do całości lub części systemu informatycznego.

Wydaje się, że kluczowa rola w zakresie proponowanych zmian przepisów materialnego prawa karnego należeć będzie do Ministra Sprawiedliwości.

III. Zmiany w zakresie regulacji administracyjno-prawnych.

Minister TiB w opracowanych Założeniach oparł proponowane rozwiązania na pięciu filarach, tj:

- 1) konieczność doprecyzowania definicji *spamu*, przy jednoczesnej sygnalizacji potrzeby dyskusji nad rozszerzeniem zakresu przedmiotowego regulacji;
- 2) przekształcenie wykroczenia polegającego na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej w przestępstwo i objęcie sankcjami karnymi podmiotów, na zlecenie których prowadzone są tego typu działania;

3) zdefiniowanie zjawiska tzw. *pop-up windows* i uznanie ich w świetle ustawy za czyn nieuczciwej konkurencji (*reklama uciążliwa*) w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zlokalizowanie zadań w zakresie koordynacji zjawiska spamu przy Prezesie UKE² – uwagi do tej części zostaną zamieszczone w pkt IV opinii Prezesa UOKiK.

Ad. 1 – konieczność doprecyzowania pojęcia *spamu*

a) spam – jako pojęcie języka prawniczego, nie języka prawnego

Jak była już o tym mowa powyżej, słowo „*spam*” nie jest pojęciem prawnym, a jedynie pojęciem zaczerpniętym z języka angielskiego do polskiego języka prawniczego oraz potocznego i w związku z tym nie może one zostać wprost wykorzystane w polskim akcie normatywnym zgodnie z przepisami ustawy o języku polskim.

Słowo „*spam*” pochodzi z języka angielskiego i oznacza konserwę mięsną, mielonkę. Pojęcie to przyjęło się zarówno w języku potocznym, jak i języku prawniczym dla określenia wysyłanej wielokrotnie niechcianej korespondencji, zazwyczaj w celu marketingu produktów i usług o komercyjnym przeznaczeniu. Zawartość tych wiadomości obejmuje ogromne spektrum produktów – od reklamy tanich biletów lotniczych do ofensywnych treści pornograficznych.

Pod pojęciem „*spam*” należy, w związku z tym rozumieć informację przesłaną drogą elektroniczną (w tym nie tylko informację handlową), która spełnia łącznie następujące warunki:

- jej treść jest niezależna od tożsamości odbiorcy w związku z tym, że wiadomość ta może być przesyłana do wielu niezależnych odbiorców;
- odbiorca nie wyraził wcześniej zgody na otrzymanie wiadomości, przy czym zgoda ta musi być wyrażona w sposób weryfikowalny, świadomy, wyraźny i możliwy do odwołania;
- z okoliczności wynika, że wysyłający odniósł niewspółmierną korzyść z faktu wysłania wiadomości w stosunku do korzyści, jaką odniósł odbiorca w związku z jej odbiorem.³

² Założenia Ministra TiB, str. 13

³ Por. definicja dostępna na stronie Mail Abuse Prevention System, http://www.mail-abuse.com/spam_def.html (strona wywołana w dniu 7 czerwca 2005 r.) podobnie również Piotr Wagłowski „Spam a prawo – próba wskazania kierunków badawczych), http://www.vagla.pl/skrypts/spam_kierunki_badawcze.htm oraz wskazana tam bibliografia

Jak słusznie podkreślił Minister TiB, *spam* bardzo często utożsamiany jest z pojęciem niechcianej wiadomości wysyłanej za pomocą poczty elektronicznej. Należy pamiętać, że zjawisko to ma dużo szerszy zakres oddziaływania. *Spamem* będzie z związku z tym niechciana korespondencja pojawiająca się na następujących platformach komunikacyjnych: poczta elektroniczna, telefony komórkowe (bądź w niedalekiej przyszłości również stacjonarne oraz w technologii VoIP), komunikatory internetowe, czaty internetowe, fora dyskusyjne, pop-up windows).⁴

Reasumując, w ocenie Prezesa UOKiK, zgodzić należy się ze stanowiskiem Ministra TiB, iż pojęcie *spamu* powinno być rozumiane szerzej, niż wynika to z obowiązujących definicji. Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż szersze rozumienie tego pojęcia jest możliwe jedynie w języku prawniczym bądź mowie potocznej, nie natomiast w języku prawnym. Wkroczenie bowiem ustawodawcy w tak delikatną materię, jak dozwolone i niedozwolone formy komunikowania się mogą okazać się zbytnią ingerencją w zagwarantowane użytkownikom podstawowe prawa i wolności zdefiniowane w Konstytucji.

b) proponowane kierunki doprecyzowania definicji niezamówionych informacji elektronicznych (w skrócie określanymi jako „spam”)

Prezes UOKiK w pełni popiera propozycję Ministra TiB w zakresie doprecyzowania definicji. W szczególności pożądanym wydaje się uporządkowanie terminologii.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności przepisami ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zakres treści których wysyłanie jest zabronione jest zawężony do informacji o charakterze komercyjnym. Zgodnie z art. 10 usude zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ust. 1 usude). Przy czym zgodnie z art. 10 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 3 pkt 1 usude - działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analiza przedmiotowej regulacji zakazuje jedynie wysyłania niezamówionej informacji o charakterze handlowym, tj. zgodnie z przepisem art. 2 ust. 2 usude informacji, która przeznaczona jest bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej wolny zawód. Poza zakresem tej regulacji

⁴ Założenia Ministra TiB str 3

znalazły się takie formy niezamówionych informacji elektronicznych, jak: niezamawiane informacje o charakterze politycznym, społecznym, charytatywnym i wiele innych.

Minister TiB proponuje doprecyzowanie definicji oraz sygnalizuje potrzebę dyskusji nad ewentualnym rozszerzeniem przedmiotowej regulacji na inne formy komunikatów, niż komunikaty handlowe. Podejście to spotkało się z ostrą krytyką PIIT, która uczula na niebezpieczeństwo związane z trudnością w ocenie, czy dana informacja stanowi jedynie próbę nawiązania kontaktu, czy też już stanowi niezamówioną informację handlową? (teza 2, opinii PIIT w sprawie założeń do ustawy o spam i spyware, str. 2.⁵ Krytyczne podejście w tym zakresie zostało również przesłane na ręce Prezesa UOKiK przez jednego z konsumentów, który zajmuje się w celach badawczych problematyką spamu i jest twórcą strony traktującej w tym przedmiocie – www.nospam-pl.net

Prezes UOKiK popiera propozycję doprecyzowania przedmiotowej regulacji bowiem w formie, w której obecnie obowiązuje, nie stanowi dla konsumentów skutecznego oręża w walce z niezamówioną komunikacją. Aktualnie obowiązujące uregulowania pozostawiają bardzo duży margines interpretacyjny w zakresie tego, jakiego rodzaju komunikaty mogą być przysyłane jako wiadomości nie handlowe, a jakie powinny być traktowane jako informacje o charakterze handlowym. Obecna regulacja nie odpowiada jednoznacznie na pytanie, czy wysyłanie do odbiorców zapytań o zgodę na otrzymywanie ofert handlowych należy traktować jako niezamówioną informację handlową? W ocenie Prezesa UOKiK należy zastanowić się nad możliwością rozszerzenia przedmiotowego zakresu definicji o wszelkie informacje służące reklamie i prezentowaniu towarów i usług przedsiębiorcy, jak również przekierowujących do stron, na których prezentowane są towary i usługi przedsiębiorcy.

Prezes UOKiK zwraca jednocześnie uwagę na niebezpieczeństwo związane z rozszerzaniem ustawowo penalizowanych niezamówionych informacji elektronicznych o komunikaty o charakterze niekomercyjnym – tj. różnego rodzaju łańcuszki szczęścia, agitacje o charakterze społecznym i politycznym. Prezes UOKiK w pełni popiera stanowisko wyrażone przez Ministra TiB, że wiadomości takie są uciążliwe dla konsumentów i że należy z nimi walczyć. Ustawowe zakazy wysyłania tego typu wiadomości są jednak bardzo trudne do zdefiniowania. W naszej ocenie istnieje bowiem bardzo wąska granica pomiędzy wynikającą z konstytucji wolnością wypowiedzi, a prawem odbiorcy do jej nie otrzymywania. *„Przesyłanie komunikatów drogą elektroniczną stanowi realizację podstawowego prawa*

⁵ Opinia PIIT dostępna jest między innymi na stronie <http://prawo.vagla.pl/node/6142> (strona wywołana w dniu 2 kwietnia br)

konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawa – mowa tu o wolności słowa. Jednak jak każde tego typu prawo – ma ono również swoje granice. Wolność słowa musi oznaczać prawo do niesłuchania, gdy nie jest się zainteresowanym. (...) Wolność słowa ograniczona jest regulacjami chroniącymi konsumentów, w szczególności w zakresie ochrony przed uciążliwą i wprowadzającą w błąd reklamą. (...) Granicą wolności słowa jest również prywatność innych osób.⁶

W ocenie Prezesa UOKiK, rozszerzanie przedmiotowe ustawowej definicji penalizowanych niezamówionych komunikatów na wiadomości o charakterze społecznym i politycznym nie będzie stanowiło racjonalnego działania ustawodawcy. Zwraca jednak uwagę na obserwowane coraz częściej nie tylko w krajach Unii Europejskiej, ale również na świecie tendencje samoregulacyjne w tym zakresie. Coraz więcej operatorów telekomunikacyjnych oraz dostawców usług internetowych, działając w duchu promowanej przez Komisję Europejską idei „społecznej odpowiedzialności biznesu”, wprowadza korzystne dla konsumentów dobrowolne ograniczenia biznesowe w tym zakresie w formie tzw. kodeksów dobrych praktyk, tj. regulacji wypracowywanych przez konkretne branże, bez ingerencji organów państwowych. W naszej ocenie przykładem takim mogłoby być porozumienie operatorów, którzy dla dobra konsumentów zobowiązują się do nieumożliwiania w okresach wyborczych wysyłania na telefony konsumentów uciążliwych dla nich agitacji politycznych.

Prezes UOKiK pragnie nawiązać do spotkań dotyczących idei tworzenia podobnej regulacji w Polsce. Do dialogu i współpracy w tym zakresie Prezes UOKiK zaprosił Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji. Niestety, pomimo sprzyjającej atmosfery i dużego zaangażowania oraz licznych pomysłów ze strony przedsiębiorców obecnych na spotkaniu, władze PIIT nie złożyły żadnej jednoznacznej deklaracji, która mogłaby świadczyć o aprobacie dla idei społecznej odpowiedzialności biznesu oraz chęci faktycznego zaangażowania się PIIT w koordynację działań na rzecz „cywilizowania polskiego internetu”.

W ocenie Prezesa UOKiK błędem było również definiowanie działania polegającego na wysyłaniu niezamówionych komunikatów jako deliktu nieuczciwej konkurencji. Taka konstrukcja przepisu utrudnia konsumentom *de facto* drogę do dochodzenia roszczeń na drodze cywilno-prawnej. Warto bowiem zwrócić uwagę, iż ustawa o zwalczaniu nieuczciwej nie przyznaje konsumentom czynnej legitymacji procesowej do występowania na drodze tej

⁶ P. Wagłowski, "Walka o święty spokój", Computerworld nr 14-2006, 3 kwietnia 2006, por. też P. Wagłowski, Spam polityczny, VaGla.pl Prawo i Internet, kwiecień 2004

ustawy. Uprawnionym jest jedynie Prezes UOKiK w przypadku działań naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Mając na uwadze powyższe niecelowym byłoby rozszerzanie kręgu podmiotów uprawnionych do występowania na podstawie tych przepisów na indywidualnie pokrzywdzonych konsumentów. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest regulacją chroniącą głównie interesy przedsiębiorców w stosunkach business-to-business. W związku z tym pożądanym, w ocenie Prezesa UOKiK, byłoby doprecyzowanie definicji i określenie, iż czyn polegający na wysyłaniu niezamówionej informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej stanowi **nieuczciwą praktykę handlową** w rozumieniu dyrektywy 2005/29/WE. Natomiast kwalifikowaną formę nieuczciwej praktyki handlowej polegającej na wysyłaniu niezamówionych informacji handlowych do oznaczonego odbiorcy stanowi działanie, które:

- wiąże się dodatkowo z fałszowaniem lub zamieszczaniem mylących informacji w nagłówkach wiadomości, co w konsekwencji utrudnia konsumentom dochodzenie roszczeń, poprzez utrudnianie identyfikacji nadawcy lub systemu służącego do wysyłki wiadomości,
- działanie polegające na umieszczaniu mylnych i wprowadzających w błąd informacji, co do treści wiadomości w ich temacie,
- posługiwanie się przez przedsiębiorców metodą pozyskiwania adresów poprzez ich generowanie za pomocą ataków słownikowych lub pozyskiwania adresów ze stron www.

Odejście od kwalifikacji działania polegającego na wysyłaniu niezamówionych komunikatów o charakterze komercyjnym jedynie jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, pozwoli na łatwiejsze dochodzenie roszczeń na drodze cywilnej również przez osoby fizyczne, a tym samym dochodzenie w procesach cywilnych naprawienia szkody wyrządzonej przez nieuczciwego przedsiębiorcę. Prezes UOKiK zwraca również uwagę na fakt, iż zmiana kwalifikacji z czynu nieuczciwej konkurencji na nieuczciwą praktykę handlową może stanowić dodatkową i łatwiejszą dowodowo podstawę cywilno-prawną do dochodzenia roszczeń przez konsumentów. W chwili obecnej przepisy kodeksu cywilnego w zakresie naruszenia dóbr osobistych są mało efektywne.

Reasumując, Prezes UOKiK popiera stanowisko w zakresie konieczności nowelizacji i doprecyzowania definicji z art. 2 i 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Postuluje się rozszerzenie penalizowanego spamu o wszelką korespondencję służącą reklamie i promocji towarów i usług przedsiębiorców, przy zachowaniu dużej ostrożności przy próbach

rozszerzenia definicji niezamówionych komunikatów elektronicznych na wszelką uciążliwą korespondencję, która charakteru handlowego nie posiada.

Ponadto należy ułatwić konsumentom drogę do dochodzenia na drodze cywilnej roszczeń przeciwko nieuczciwym przedsiębiorcom. W ocenie Prezesa UOKiK istnieją dwa rozwiązania. Pierwszym rozwiązaniem jest przyznanie konsumentom czynnej legitymacji procesowej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi rozwiązanie stosunkowo proste legislacyjnie, jednak sprzeczne z celem doktrynalnym ustawy, która powinna służyć ochronie uczciwej konkurencji w relacjach biznesowych a nie dochodzeniu roszczeń przez konsumentów. Drugim rozwiązaniem jest rozszerzenie konstrukcji regulacji i potraktowanie działania przedsiębiorcy jako nieuczciwej praktyki handlowej w stosunku do indywidualnego odbiorcy, a jedynie w przypadku, gdy działanie takie będzie wypełniało dodatkowo znamiona praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów zdefiniowanej w art. 23a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr. 244 poz. 2080) traktowanie powyższego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, uzasadniającego właściwość działań Prezesa UOKiK. W naszej ocenie należy ponadto zastanowić się nad możliwością wprowadzenia form kwalifikowanych czynu, o którym mowa w art. 10 usude.

Ad. 2 Zmiana kwalifikacji prawnej i rozszerzenie podmiotowe penalizowanych czynów

Prezes UOKiK zgadza się, iż zaproponowana przez Ministra TiB zmiana kwalifikacji prawnej czynu zdefiniowanego w art. 10 usude na regulację karno – administracyjną wydaje się być w przyszłości instytucją pożądaną. Wydaje się to jednak działaniem przedwczesnym, przy obecnej skali zgłaszanego w Polsce zjawiska. Prezes UOKiK zwraca uwagę, iż już w chwili obecnej istnieją przepisy karne pozwalające penalizować indywidualne przypadki rozsyłania spamu. Zgodnie z art. 24 usude, działanie takie stanowi wykroczenie. Oznacza to, iż zgodnie z przepisami kodeksu wykroczeń zagrożone jest ono karą grzywny od 20 zł do 5000 zł.

W chwili obecnej, z informacji, które posiada Prezes UOKiK od konsumentów wynika, iż przypadki karania przez policję nieuczciwych przedsiębiorców rozsyłających spam należą do rzadkości. Nie posiadamy ponadto informacji, aby nakładane były grzywny w górnej ustawowej granicy. Wręcz przeciwnie, nieliczne znane Urzędowi przypadki ukarania kończyły się nałożeniem grzywny w wysokości najwyżej 200 zł.

Prezes UOKiK nie może przesądzić, czy w chwili obecnej zaostrenie kar finansowych nakładanych w formie mandatów przez Prezesa UKE w rzeczywistości wpłynie

na zwiększenie skuteczności ochrony praw konsumentów na rynku. Prezes UOKiK pragnie zwrócić uwagę na błędność założenia, iż podwyższenie i zaostrzenie kar przekłada się w sposób bezpośredni na gwarantowany obywatelom poziom ochrony. Bez skutecznych procedur egzekwowania i zmian instytucjonalnych., które zostaną omówione w punkcie 5 niniejszej opinii, zaostrzenie kar nie wpłynie dodatnio na wzrost poziomu ochrony konsumentów.

Prezes UOKiK w pełni popiera propozycję rozszerzenia kręgu podmiotów, które ponoszą odpowiedzialność za rozsyłanie niezamówionych komunikatów na podmioty, na rzecz których działanie takie ma miejsce. Proponuje się rozważenie wprowadzenia konstrukcji solidarnej odpowiedzialności. W naszej ocenie z punktu widzenia ochrony szeroko rozumianego interesu konsumentów, pożądanym byłoby wprowadzenie regulacji na mocy której przedsiębiorca - na zlecenie którego działanie, o którym mowa w art. 10 usude ma miejsce - odpowiada tak jak podmiot wysyłający niezamówione komunikaty handlowe, chyba że wykáže, iż nie był świadomy bezprawnego działania podmiotu rozsyłającego, o którym mowa w art. 10 usude, w tym w szczególności nie zlecił rozesłania komunikatów o charakterze handlowym.

Przy tak skonstruowanej zasadzie, odpowiedzialność mogłyby ponosić również inne podmioty uczestniczące w przesyłaniu niezamówionych komunikatów, nie tylko zleceniobiorca. W praktyce obrotu najczęściej spotykamy się bowiem z dwoma przypadkami:

- zleceniobiorca wysyłający niezamówione komunikaty korzysta dodatkowo z udostępnionej mu bazy adresowej,
- zleceniobiorca nie otrzymuje od swojego zleceniodawcy listy adresowej i sam musi pozyskać adresy odbiorców, przy czym zleceniodawca przenosi na zleceniobiorcę odpowiedzialność. W takim przypadku najczęściej dochodzi do ukrycia faktycznego nadawcy i łatwiejsze jest odnalezienie beneficjenta przesyłki.

Ad. 3. Zdefiniowanie zjawiska pop-up windows i uznanie ich w świetle ustawy za czyn nieuczciwej konkurencji (uciążliwa reklama)

Minister TiB proponuje zdefiniowanie zjawiska pop-up windows jako czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Prezesa UOKiK, reklama w formie wyskakujących okienek stanowi jedynie formę technologiczną reklamy i podobnie jak banery statyczne może być traktowana jedynie jako model biznesowy kampanii reklamowej. Niebezpieczne w związku z tym wydaje się legislacyjne zakazywanie wykorzystywania na rynku danej

technologii. Bardziej pożądanym wydaje się wprowadzenie regulacji ułatwiających konsumentom skuteczne egzekwowanie ochrony przed uciążliwą reklamą.

Należy podkreślić, iż w chwili obecnej w polskim ustawodawstwie istnieją regulacje zakazujące reklamowania się w sposób uciążliwy dla odbiorcy. Zgodnie z art. 16 uznk, czynem nieuczciwym w zakresie reklamy jest w szczególności:

- reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję, co do nabycia towaru lub usługi; (art. 15 ust. 1 pkt. 2 uznk) ,
- reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.(art. 15 ust. 1 pkt. 5 uznk).

Analogicznie jednak, jak w przypadku konstrukcji zakazu wysyłania niezamówionej informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy jako deliktu nieuczciwej konkurencji, również regulacja reklamy uciążliwej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zamyka *de facto* drogę indywidualnym konsumentom do dochodzenia roszczeń w stosunku do podmiotów nadużywających techniczne środki przekazu informacji w celach reklamowych. Dlatego w naszej ocenie, regulacja dotycząca uciążliwej reklamy, przy zachowaniu jednak neutralności technologicznej regulacji ustawowej powinna zostać wprowadzona do aktu prawnego, który pozwoli na dochodzenie roszczeń przez indywidualnych konsumentów. Prezes UOKiK nie rozstrzyga przy tym definitywnie, czy powinno być to dokonane w formie przyznania czynnej legitymacji procesowej konsumentom w zakresie dochodzenia roszczeń na podstawie art. 16 uznk, czy też uciążliwa dla odbiorcy reklama powinna być uregulowana w innym akcie na przykład ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, lub projektowanej ustawie o nieuczciwych praktykach handlowych.

Jednocześnie Prezes UOKiK pragnie zwrócić uwagę na trwającą obecnie w Komisji Europejskiej debatę nad nową instytucją – powództw zbiorowych. W chwili obecnej nie można jeszcze definitywnie przesądzić, czy możliwość wspólnego występowania na drogę sądową przez grupy konsumentów zostanie wprowadzona do ustawodawstwa wspólnotowego a co za tym idzie, czy polscy konsumenci będą mieli możliwość grupowego dochodzenia roszczeń w procesach cywilnych, w przypadku, gdy ich interesy zostały narażone przez analogiczne działanie danego przedsiębiorcy. Prawdopodobnym wydaje się jednak wykorzystanie tej nowo przygotowywanej drogi dochodzenia roszczeń właśnie w przypadku

uciążliwej reklamy, bądź niezamówionych informacji handlowych wysyłanych do oznaczonych odbiorców. W powyższym stanie faktycznym, grupy niezadowolonych konsumentów powinny mieć możliwość wspólnego występowania do sądu w związku z naruszeniem ich praw. Podstawą materialną jednak takiego wspólnego powództwa powinny być przepisy cywilnoprawne.

IV. Proponowane zmiany instytucjonalne.

W Założeniach Minister TiB przedstawił dwie koncepcje zmian instytucjonalnych. Obie one wiążą się z przekazaniem koordynacji działań do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Pierwsza z nich proponuje powołanie działającego przy Prezesie UKE punktu zgłoszeń – tzw. spamboxu, tworzonoego zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej. Druga natomiast koncepcja opiera się na zmianach polegających na powierzeniu służbom inspekcyjnym przy Prezesie UKE, przy braku jednoczesnego zdefiniowania, w jaki sposób służby te miałyby zostać zorganizowane.

Prezes UOKiK, przy obecnej skali problemu opowiada się za koncepcją pierwszą – tj. koncepcją spamboxu.

a) Uwagi odnośnie rozwiązania I (spambox)

Prezes UOKiK pragnie zwrócić uwagę, iż pomysł powołania centralnego spamboxu nie jest rozwiązaniem nowym. Pomysł ten został zaproponowany i wstępnie zatwierdzony przez Komitet Europejski Rady Ministrów decyzją z dnia 16 września 2005 r., a następnie doprecyzowany w decyzji KERM z dnia 22 listopada.⁷

Procedura współpracy określona decyzją KERM opiera się właśnie na pomysle uruchomienia centralnego spamboxu, który ma mieścić się w Ministerstwie Transportu i Budownictwa. Z informacji posiadanych przez Prezesa UOKiK do dnia dzisiejszego taki punkt zgłoszeń nie został powołany.

Prezes UOKiK pragnie podkreślić, iż z punktu widzenia szeroko rozumianych interesów konsumentów, bez znaczenia jest czy taki centralny punkt zgłoszeń zostanie powołany przy Ministerstwie Transportu i Budownictwa, czy też przy Urzędzie Komunikacji

⁷ decyzja KERM dostępna jest na stronie internetowej UOKiK pod adresem <http://www.uokik.gov.pl/download/Z2Z4L3Vva2lrL3BsL2RlZmF1bHRfYWt0dWFsbn9zY2kudjAvMTI0LzMwLzEvcHJvamVrdF9kZW5emppLmRvYw>

Elektronicznej. Istotnym jest jak najszybsze zagwarantowanie konsumentom możliwości zgłaszania takich skarg.

Ponadto na mocy decyzji KERM, określona została procedura współpracy przy rozstrzyganiu takich skarg:- pkt 3 decyzji. „*Procedury współpracy: skargi wpływają do MTiB – koordynatora na szczeblu krajowym; a) MTiB wstępnie bada sprawę i następnie, po zidentyfikowaniu, że sprawa:*

- *dotyczy naruszenia ochrony danych osobowych – przekazuje ją niezwłocznie do GIODO,*
- *dotyczy naruszenia tajemnicy telekomunikacyjnej – przekazuje ją niezwłocznie do URTiP (obecnie Urzędu Komunikacji Elektronicznej),*
- *ma charakter masowy i narusza zbiorowe interesy konsumentów – przekazuje ją niezwłocznie do UOKiK”*,

W ocenie Prezesa UOKiK, procedura zakładająca współpracę pomiędzy powyższymi podmiotami – tj. MTiB, UKE, GIODO i UOKiK wydaje się przy obecnej skali problemu rozwiązaniem optymalnym. Nie wiąże się ona z koniecznością tworzenia żadnych dodatkowych jednostek organizacyjnych oraz zmian strukturalnych, które po pierwsze są czasochłonne, a po drugie kosztowne. W każdym przypadku tworzenie nowych wydziałów bądź organów będzie wymagało upływu czasu oraz poniesienia kosztów stworzenia dodatkowych miejsc pracy i wyszkolenia pracowników. Biorąc również pod uwagę skalę zgłaszanych przypadków spamu i obserwowany wzrost skarg, powoływanie oddzielnej inspekcji, która miałaby się zajmować walką ze spamem wydaje się być rozwiązaniem przyszłościowym. Zgodnie ze statystyką CERT Polska w 2005 r. zgłoszonych zostało około 280 przypadków spamu, w 2004 r. analogicznych przypadków było tylko 140⁸. Nawet przy 100% wzroście ilości zgłoszeń w ciągu roku nie wydaje się aby w okresie najbliższych 5 lat należało powoływać specjalną jednostkę, która zajmie się tylko walką ze spamem.

Ponadto, przedstawione w rozwiązaniu 1 stanowisko zakłada możliwość powierzenia przez Prezesa UKE technicznej realizacji części zadań do podmiotu zewnętrznego. Prezes UOKiK pragnie przypomnieć, iż element współpracy z wyspecjalizowaną jednostką był również elementem przedmiotowej decyzji KERM. Zgodnie z jej założeniami „*we wszystkich ww. przypadkach MTiB równocześnie przekazuje sprawę do CERT Polska, z prośbą o techniczne zbadanie sprawy⁹ oraz zabezpieczenie odpowiednich danych dla celów dowodowych. Zabezpieczone dane będą stanowić podstawę do wszczęcia odpowiednich*

⁸ Statystyka CERT Polska dostępna jest na stronie NASK (www.nask.pl)

⁹ MTiB doprowadzi w tym celu do zawarcia niezbędnego porozumienia pomiędzy MTiB a CERT Polska, które szczegółowo będzie określać zasady współpracy.

procedur administracyjnych i skierowania sprawy na Policję.” Należy również podkreślić, iż w tym celu Minister TiB został zobowiązany do „...zawarcia niezbędnego porozumienia pomiędzy MTiB a CERT Polska, które szczegółowo będzie określać zasady współpracy...” Ponadto, zgodnie z procedurą „CERT Polska (...) przekazuje do MTiB wszystkie dane związane z identyfikacją źródła lub źródeł spamu, które stanowiąc będą podstawę do skierowania sprawy jako zawiadomienie o popełnieniu wykroczenia na Policję.”

Prezesowi UOKiK nie jest znany stan prowadzonych negocjacji. Ze spotkania, które miało miejsce w siedzibie Ministerstwa Transportu i Budownictwa, w dniu 17 lutego br. wynika, iż pod względem logistycznym procedura technicznej obsługi, kojarzenia i zabezpieczania materiału dowodowego od strony Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej (NASK) jest już przygotowana. W ocenie Prezesa UOKiK warto również zwrócić uwagę, iż zaproponowana przez NASK procedura powstała w oparciu o doświadczenia NASK z polsko – niemieckiego projektu odbywającego się pod auspicjami Komisji Europejskiej Spot-Spam.

W ocenie Prezesa UOKiK, zaproponowane pierwsze rozwiązanie stanowi powtórzenie procedury przyjętej przez Rząd RP decyzjami KERM z września i listopada 2005 r. Jedyna zmiana polega na zmianie podmiotu wiodącego w tym zakresie tj. z Ministra Transportu i Budownictwa na Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Ponadto, w Założeniach przygotowanych przez Ministra TiB znalazły się zapisy mówiące o konieczności ustawowego uregulowania zasad współpracy pomiędzy organami oraz określenia zasad współpracy z dostawcami usług internetowych, w tym nałożony powinien zostać obowiązek utworzenia odpowiednich punktów do zgłaszania incydentów – tj. tzw. *abuse*.

Prezes UOKiK w pełni popiera współpracę międzyresortową. W naszej ocenie nie jest jednak konieczne wprowadzanie zasad współpracy w formie regulacji ustawowej. Pragniemy przypomnieć, iż zasady współpracy zostały już ustalone w decyzji KERM, wiążącej zaangażowane organy. Wprowadzanie regulacji ustawowych w tym zakresie wiąże się z koniecznością zmian legislacyjnych przy każdej organizacyjnej zmianie w obrębie przedmiotowych resortów.

b) obowiązek powołania ustawowych punktów *abuse*

W zakresie wprowadzenia obowiązku posiadania przez dostawców punktów *abuse*, Prezes UOKiK pragnie wskazać na niebezpieczeństwo powstania martwych w praktyce

regulacji, jeżeli wraz z obowiązkiem powstania takiego punktu nie zostaną stworzone pewne procedury działania. Prezes UOKiK byłby bardzo ostrożny w nakładaniu obowiązków okresowej sprawozdawczości do organów. Zwracamy również uwagę na ewentualne konieczności zmian w ustawie prawo telekomunikacyjne oraz ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w zakresie umożliwienia między innymi współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych z organami ścigania czy organami administracji publicznej.

Prezes UOKiK pragnie, bowiem zwrócić uwagę na postulaty i opinie, które były zgłaszane przez przedsiębiorców internetowych i telekomunikacyjnych podczas spotkania w siedzibie UOKiK w dniu 7 marca br. Obowiązujące przepisy tak naprawdę uniemożliwiają w chwili obecnej operatorom usług internetowych przesyłanie dalej zgłoszeń, które dostają od swoich klientów. Większość portali posiada punkty *abuse*, do których zgłaszane są przypadki nadużyć w sieci, jednak brak jest podstaw prawnych dalszego przekazywania tych spraw do organów ścigania. Natomiast w przypadku przedsiębiorców telekomunikacyjnych przeszkodą w zakresie przekazywania zgłoszeń stanowi tajemnica telekomunikacyjna.

W ocenie Prezesa UOKiK należy po pierwsze należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z ustawą prawo telekomunikacyjne usługa poczty elektronicznej nie stanowi usługi telekomunikacyjnej. Rozwiązanie takie wydaje się nieuzasadnione i powinno zostać zmienione (art. 2 pkt. 48 prawa telekomunikacyjnego).

Ponadto w ocenie Prezesa UOKiK pożądane byłoby zastanowienie się nad usunięciem z ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną zapisu dotyczącego (art. 3 ust. 3 usude) podmiotowego wyłączenia operatorów telekomunikacyjnych dokonujących usługi prostego przesyłu.

W zakresie ustalenia zasad współpracy pomiędzy punktami *abuse*, celowym w naszej ocenie wydaje się wprowadzenie do ustawy o świadczeniu drogą elektroniczną obowiązku zgłaszania naruszeń i incydentów do ogólnego spamboxy. Podstawę taką może stanowić w szczególności art. 19 ust. 2 pkt 3 usude, który dopuszcza możliwość przetwarzania przez usługodawcę - po zakończeniu korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną - danych osobowych usługobiorcy, danych eksploatacyjnych oraz innych danych, które są niezbędne do wyjaśnienia okoliczności niedozwolonego korzystania z usługi. Ponadto art. 21 usude stanowi, iż w przypadku uzyskania przez usługodawcę wiadomości o korzystaniu przez usługobiorcę z usługi świadczonej drogą elektroniczną niezgodnie z regulaminem lub obowiązującymi przepisami [niedozwolone korzystanie], usługodawca może przetwarzać dane osobowe usługobiorcy w zakresie niezbędnym do ustalenia odpowiedzialności

usługobiorcy, a także może powiadomić usługobiorcę o jego nieuprawnionych działaniach z żądaniem ich niezwłocznego zaprzestania. Proponujemy w tym zakresie rozważenie wprowadzenia regulacji, która powinna pójść w kierunku nałożenia na usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną, obowiązku udostępniania usługobiorcom, przynajmniej drogą elektroniczną punktu kontaktowego służącego do zgłaszania skarg w zakresie incydentów w sieci, aktów wysyłania niezamówionych informacji handlowych.

Ponadto proponujemy rozważenie celowości wprowadzenia do ustawy o świadczeniu drogą elektroniczną regulacji wzorowanej na art. 101 ust 3 pkt. 2 prawa telekomunikacyjnego – czyli wyposażenie podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną w uprawnienie do częściowego zawieszenia świadczonych usług, w przypadku nadużyć ze strony usługobiorców, bez narażenia się na zarzut nienależytego wykonania usługi.

W tym zakresie proponujemy zastanowienie się nad możliwością wprowadzenia zapisu na mocy którego, podmiot świadczący usługi drogą elektroniczną mógłby przerwać albo w istotnym zakresie ograniczyć świadczenie usługi lub zmienić w stosunku do danego odbiorcy warunki świadczenia tej usługi. W naszej ocenie operator powinien mieć możliwość ograniczenia lub zawieszenia świadczenia usługi, jeżeli odbiorca uporczywie narusza warunki regulaminu świadczenia usług lub umowy o świadczenie usług albo podejmuje działania utrudniające, albo uniemożliwiające świadczenie lub korzystanie z usługi, przez innych odbiorców w tym wykorzystuje przyznany mu adres poczty elektronicznej dla rozsyłania niezamówionych komunikatów o charakterze marketingowym, bądź też uzasadnione jest podejrzenie, że system klienta rozsyła spam bez jego wiedzy jako część botnetu.

Wprowadzenie tego typu regulacji i jej skuteczność będzie jednak wiązało się z koniecznością dokonania przez dostawców usług internetowych pewnych zmian w umowach zawieranych z odbiorcami. Należy dodatkowo rozważyć ewentualną zmianę art. 8 usude w celu zmobilizowania ISP do zastosowania zmian w regulaminach świadczenia usług.

c) uwagi odnośnie drugiego rozwiązania – służby inspekcyjne przy Prezesie UKE

Druga z zaproponowanych przez Ministra TiB koncepcja zakłada przeniesienie większości uprawnień dochodzeniowych z policji do służb inspekcyjnych przy Prezesie UKE. Przetawiona koncepcja nie precyzuje jednak formy w jakiej służby te miałyby działać.

W ocenie Prezesa UOKiK możliwość skutecznego działania, w tym również możliwość korzystania z uprawnień w zakresie prowadzenia przeszukań uzależniona jest od

rozbudowania tej instytucji w strukturze terenowej. W chwili obecnej nie wydaje się być rozwiązaniem implikującym konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z tworzeniem nowych etatów oraz szkoleniem pracowników. Jak była o tym mowa wcześniej, tego typu rozwiązanie, przy obecnej skali problemu, nie jest uzasadnione.

Ponadto rozwiązaniem, które wymaga jeszcze gruntownego przemyślenia wydaje się wyposażenie pracowników służ inspekcyjnych UKE w uprawnienia do prowadzenia przeszukań, w tym wstępu do prywatnych mieszkań. W ocenie Prezesa UOKiK tak daleko idących uprawnień nie posiada w Polsce nawet policja, która jedynie w wypadkach nadzwyczajnych może dokonywać przeszukań bez nakazu prokuratury lub sądu.