



Warszawa, dnia 27 kwietnia 2015 r.

RZECZPOSPOLITA POLSKA
MINISTER
ADMINISTRACJI I CYFRYZACJI

GABINET MARSZAŁKA SENATU

wpłynęło dn. 28. 04. 15.
nr. 1714 podpis. *Borusewicz*

BM-WP.072.193.2015

SEKRETARIAT
Biura Prac Senackich

Wpłynęło dn. 30. 04. 15.
nr. 2615 podpis. *MS*

Pan

Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu RP

w nawiązaniu do pisma z dnia 26 marca 2015 r., dotyczącego oświadczenia złożonego przez Senatora RP Pana Rafała Muchackiego podczas 72. posiedzenia Senatu RP w dniu 19 marca 2015 r. (BPS/043-72-3105/15), uprzejmie informuję, że zmiany w art. 172 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. z 2014 r. poz. 243, z późn. zm.), dalej „Pt”, wprowadzone ustawą z dnia 30 maja 2014 r. *o prawach konsumenta* (Dz. U. z 2014 r. poz. 827) miały na celu zapewnienie transpozycji art. 10 dyrektywy 2002/65/WE dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość, dotychczas transponowanego w art. 6 ust. 3 i 4 uchylonej ustawy z dnia 2 marca 2000 r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* (Dz. U. z 2000 r. Nr 22, poz. 271, z późn. zm.) oraz uzupełnienie transpozycji art. 13 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności) dotyczącej przetwarzania danych osobowych i prywatności w sektorze łączności elektronicznej. Uchylona ustawa *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* przewidywała w art. 6 ust. 3 obowiązek uzyskania uprzedniej zgody konsumenta na posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy. Z kolei art. 6 ust. 4 ww. ustawy stanowił, że posłużenie się środkami porozumiewania się na odległość w celu złożenia propozycji zawarcia umowy nie może odbywać się na koszt konsumenta. W związku z uchyceniem ustawy *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* odpowiednie zapisy zostały wprowadzone do Pt, uzupełniając dotychczasowe regulacje z art. 172. Zmiana obowiązujących przepisów miała na celu zagwarantowanie ochrony szeroko pojętej prywatności odbiorcy, będącego zarówno osobą

fizyczną jak i osobą prawną, poprzez ograniczenie działań marketingowych, które mogą być odbierane jako uciążliwe oraz generować koszty związane z ich obsługą. Jednocześnie mając na uwadze fakt, że takie działania mogą być przez część odbiorców uważane za użyteczne i wartościowe możliwe jest otrzymywanie przekazów marketingowych po uprzednim wyrażeniu na to zgody. Dodatkowo należy podkreślić, że przepisy dyrektywy o prywatności nakazują państwu członkowskim zapewnienie dostatecznej ochrony nie tylko konsumentom, ale również podmiotom innym niż osoby fizyczne.

Przepis artykułu 172 Pt, w znowelizowanym brzmieniu, zakazuje używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Zakres przedmiotowy omawianego przepisu w porównaniu do poprzedniego brzmienia został rozszerzony o prowadzenie działań marketingowych przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Zarówno pojęcie „automatycznych systemów wywołujących” jak i „marketingu bezpośredniego” nie jest definiowane na gruncie obowiązujących przepisów, jednak są to pojęcia stosowane w ustawodawstwie. Należy zauważyć, że przepis art. 172 ust. 1 Pt już w poprzednim brzmieniu regulował kwestię używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. W związku z tym, że ww. pojęcia występowały uprzednio na gruncie obowiązujących przepisów, w doktrynie ukształtowało się już stanowisko dotyczące ich interpretacji. Zgodnie z tym stanowiskiem, automatycznym systemem wywołującym jest każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywoływanej wyłącznie odbiór. Charakterystyczny dla automatycznych systemów wywołujących jest brak, po stronie nadawcy komunikatu, bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania. Automatyczne systemy wywołujące, o których mowa na gruncie art. 172 Pt, obejmują wszelkie automatyczne systemy wywołujące tj. systemy głosowe, faksowe, poczty elektronicznej, systemy generujące komunikaty SMS, MMS, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp.¹

W odniesieniu do pojęcia marketingu bezpośredniego należy wskazać, że poza ustawą Pt pojęcie to występuje również na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o *ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym* (Dz. U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1068, z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o *ochronie danych osobowych* (Dz. U. z 2014 r. poz. 1182). Biorąc pod uwagę stanowisko doktryny, przez marketing bezpośredni należy rozumieć działalność polegającą na dostarczaniu bezpośrednio klientom informacji lub propozycji dotyczących sprzedaży towarów i usług poprzez różne kanały komunikowania. Istotą marketingu bezpośredniego

¹ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 1007.

jest dostarczanie informacji o możliwości nabycia towarów lub usług oraz składanie potencjalnym klientom propozycji zawarcia umowy². Pojęcie marketingu bezpośredniego określane jest również jako działania polegające na bezpośrednich komunikatach kierowanych do starannie wybranych pojedynczych osób, często w indywidualnym kontakcie, w celu uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi)³. Należy zauważyć, że marketing bezpośredni mieści się w zakresie pojęcia przekazu informacji handlowej (usługi, których przedmiotem jest przekazywanie, w dowolnej formie, informacji służących promocji działalności gospodarczej, w szczególności reklama, marketing bezpośredni, sponsorowanie, promocja sprzedaży i inne akcje promocyjne) definiowanego na gruncie ustawy o *ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną* opartych lub polegających na dostępie warunkowym.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności podejmowania działań marketingowych na gruncie zmienionych przepisów ustawy Pt należy zauważyć, że obwarowane jest ono koniecznością uzyskania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego na prowadzenie przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących marketingu bezpośredniego. Obowiązek uzyskania uprzedniej zgody oznacza, że zgoda musi zostać wyrażona przez odbiorcę jeszcze przed otrzymaniem przekazu marketingowego. Należy podkreślić, że zgoda, o której mowa w art. 172 Pt musi być nie tylko uprzednia, ale jako oświadczenie woli, powinna spełniać również wymogi z art. 174 Pt. Zgodnie z przywołanym przepisem zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, co oznacza, że musi być wyraźna i świadoma, tak by nie było wątpliwości czy zgoda została rzeczywiście udzielona i czego dotyczyła. Zgoda może być wyrażona na piśmie lub drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika. Ponadto, abonent lub użytkownik końcowy powinien mieć możliwość wycofania zgody w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Odnosząc się do kwestii promowania prowadzonej działalności, w tym oferowanych towarów lub usług, za pomocą poczty elektronicznej należy wskazać, że przedmiotowa kwestia uregulowana jest w ustawie o *świadczaniu usług drogą elektroniczną* (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422). Zgodnie z art. 10 przywołanej ustawy zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny. Jak wynika z powyższego, zgoda odbiorcy może zostać wyrażona w ten sposób, że udostępni on "identyfikujący go adres elektroniczny". Dopuszczalne jest zatem przesyłanie ofert marketingowych na udostępniony przez przedsiębiorcę na stronie internetowej adres elektroniczny, z zastrzeżeniem, że jest to adres udostępniony w celu

² *Ibidem*, s. 1007-1008.

³ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, s. 643, cyt. za: K. Kawalek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010 r. s. 891.

otrzymywania informacji handlowych, a nie np. w celu składania reklamacji przez konsumentów. Nie każde zatem upublicznienie adresu mailowego np. na stronie internetowej może zostać uznane za udostępnienie go w celu otrzymywania informacji handlowych. Jednocześnie w celu uniknięcia narażenia się na ewentualny zarzut naruszenia obowiązujących przepisów również w stosunkach dwustronnie profesjonalnych przedsiębiorca powinien wystąpić przed przesłaniem informacji handlowej o zgodę adresata przekazu. Wydaje się, iż nie ma przeszkód aby zapytanie o zgodę zostało przesłane np. na adres e-mail przedsiębiorcy udostępniony w celu otrzymywania informacji handlowych na stronie internetowej.

Odnosząc się do kwestii samego formułowania zapytania o zgodę należy wskazać, że obowiązujące przepisy nie precyzują jak takie zapytanie powinno wyglądać, mając jednak na uwadze dyspozycję z art. 172 i 174 Pt, zapytania dotyczące wyrażenia zgody na marketing bezpośredni powinny być formułowane w sposób oględny, tak by nie promowały, choćby ubocznie, towarów czy usług oferowanych przez przedsiębiorcę. Przekazywanie obszernych informacji o szczegółach prowadzonej działalności, jeszcze przed uzyskaniem zgody adresata, może narażać przedsiębiorcę na zarzut naruszenia zakazu z art. 172 Pt. W związku z tym najbardziej rekomendowanym sposobem pozyskiwania zgody jest umożliwienie odbiorcy wyrażenia zgody podczas korzystania ze strony internetowej przedsiębiorcy np. poprzez wpisanie adresu e-mail w elektroniczny formularz, a następnie potwierdzenie zgody poprzez link aktywacyjny lub uzyskanie stosownej zgody przy okazji zawierania umowy sprzedaży lub o świadczenie usług.

Z poważaniem,

MINISTER ADMINISTRACJI I CYFRYZACJI

Bogdan DOMBROWSKI
Podsekretarz Stanu

Do wiadomości:

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów