

1. Czy zasadne jest utrzymywanie dwóch regulacji dotyczących zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (art. 172 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (dalej również: „Pt”) oraz zgody na przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: „uśude”)? Jak powinna wyglądać regulacja i kogo powinna dotyczyć? W której ustawie powinna znajdować się przedmiotowa regulacja?

Przepis art. 172 Pt zakazuje używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Z kolei art. 10 uśude przewiduje zakaz przesyłania niezamówionej informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej, bez zgody adresata. Powyższe przepisy krzyżują się zakresowo w odniesieniu do wykorzystywania poczty elektronicznej do przesyłania niezamówionych przekazów.

Punktem wspólnym jest również obowiązek pozyskania zgody podmiotu, do którego przekaz jest kierowany.

---

**Odpowiedzi na powyższe pytania poprzedzone zostaną krótką analizą treści norm art. 172 Pt oraz art. 10 uśude z rozważaniem motywów regulacji oraz uwzględnieniem sytuacji, w którym przepisy krzyżują się w zakresie podmiotowym oraz przedmiotowym.**

Aktualne brzmienie art. 172 prawa telekomunikacyjnego wynika bezpośrednio z implementacji art. 10 Dyrektywy 002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającej Dyrektywy Rady 90/619/EWG oraz Dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.Urz. WE 2002 L 271/16). Jak wskazują motywy rzeczonyj dyrektywy, regulacja ma na celu przede wszystkim ochronę konsumentów przed niezamówionymi usługami, czemu służy m.in. zakaz komunikowania się z konsumentem bez jego zgody w związku z działaniami podejmowanymi przez przedsiębiorcę na rzecz marketingu bezpośredniego.

Polski ustawodawca, starając się uczynić zadość motywom rzeczonyj dyrektywy, wprost wyraża zakaz stosowania celem marketingu bezpośredniego *urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących*. Takie sformułowanie normy wyrażonej w treści art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego należy uznać za nieprawidłowe. W pierwszej kolejności, biorąc pod uwagę motyw za wprowadzeniem przepisu, wbrew zasadzie racjonalnego ustawodawcy jest ograniczenie zakazu do sytuacji, gdy jednocześnie korzysta się z urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących. Zdaje się, że odpowiednio szeroki obszar oddziaływania normy zostały osiągnięty, w przypadku, gdyby ustawodawca w miejsce spójnika „i” posłużył się słowem „lub” i postanowił, że zakazane jest stosowanie urządzeń końcowych lub automatycznych systemów wywołujących na cele marketingu bezpośredniego.

W dalszej kolejności na krytykę zasługuje zaniechanie przez ustawodawcę zdefiniowania pojęć „automatycznych systemów wywołujących” oraz „marketing bezpośredni”. w życie, do dziś nie zostało jednoznacznie ustalone ich znaczenie.

Pewną wskazówkę w zakresie definicji „marketingu bezpośredniego” można znaleźć w art. 2 pkt. 5 uśude, który stanowi, że marketing bezpośredni to jedna z form „informacji handlowych”.

Natomiast znaczenia pojęcia „automatyczne systemy wywołujące” należy odszukać z literaturze przedmiotu, która stanowi, że systemy te oznaczają „urządzenia wraz z zainstalowanym na nim oprogramowaniem, którego funkcje polegają na programowaniu wywoływania połączeń (w tym m.in. zestawianiu listy numerów, które mają być wywoływane w odpowiednim czasie, przypisaniu numerom odpowiedniego komunikatu głosowego, który ma być przedstawiony po wywołaniu i przyjęciu połączenia), a następnie ich wywoływaniu i przedstawianiu treści komunikatu”<sup>1</sup>. Nie można jednak zgodzić się z tym, aby automatyczne systemy wywołujące ograniczały się wyłącznie do wywoływania połączeń telefonicznych, czy nadawania tylko głosowych komunikatów. W szczególności z hipotezy normy art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego nie wynika, aby pojęcie to nie odnosiło się do urządzeń z oprogramowaniem nakierowanym na wywoływanie komunikatów tekstowych (e-mail/SMS) odbieranych poprzez pocztę e-mail lub aplikacje mobilne. Choć w związku z brakiem legalnej definicji wciąż istnieje pewna rozbieżność względem interpretacji omawianego pojęcia, nawet orzecznictwo sądów powszechnych, w tym Sądu Najwyższego, nie podjęło próby jego interpretacji<sup>2</sup>. Tym bardziej więc racjonalny ustawodawca powinien dążyć do sformułowania legalnej definicji.

Nie można także podejść z aprobatą do sytuacji, w której zakres przedmiotowy art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego krzyżuje się z art. 10 uśude powodując niepewność względem tego, które normy powinno się stosować. Ten problem dotyczy w szczególności sytuacji, gdy celem marketingu bezpośredniego wysyła się informacje handlowe na podany przez osobę fizyczną adres elektroniczny lub numer telefonu posługując się automatycznymi systemami wywołującymi. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku wysyłki *newsletterów* oraz informacji o promocjach za pomocą SMS lub powiadomień w aplikacji mobilnej. Przekazy marketingowe tego typu, są popularną w praktyce formą komunikacji przedsiębiorcy z konsumentem, podejmowane celem nadawania do konsumentów informacji o promocjach i aktualnej ofercie. W realiach rynkowych społeczeństwa cyfrowego, trudno odmówić racji twierdzeniu, że stosunek krzyżowania się obu norm jest powszechny.

Warto nadmienić, że zakres podmiotowy obu regulacji jest tylko potencjalnie odmienny. Normę wyrażoną w art. 10 uśude stosuje się wyłącznie względem oznaczonych odbiorców będących osobami fizycznymi, natomiast art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego dotyczy abonentów lub użytkowników końcowych. Stosunek krzyżowania się obu norm w zakresie podmiotowym również zachodzi w praktyce i dotyczy sytuacji gdy odbiorcą treści stanowiących marketing bezpośredni są „oznaczone” osoby fizyczne, a w praktyce najczęściej – konsumenci, wyrażający zgodę na otrzymywanie komunikatów marketingowych. Warto jednak odnotować, że nie jest do końca oczywiste, jaki wpływ na stosowanie obu norm ma określenie „oznaczony odbiorca”, którym posługuje się art. 10 uśude, wydaje się jednak, że nie chodzi wyłącznie o zakaz nadawania personalizowanych treści marketingowych drogą elektroniczną. Poza tym warto podkreślić, że adresatem „marketingu bezpośredniego” praktycznie najczęściej będzie właśnie „oznaczony odbiorca” w rozumieniu uśude, choćby ze względu na cechę *bezpośredniości* przekazu.

Jak wskazano powyżej, próba stosowania w omawianych przypadkach obu komentowanych przepisów prowadzi do wątpliwości względem rodzaju, formy oraz liczby zgód, które przedsiębiorca powinien uzyskać od odbiorcy przed wysyłką informacji handlowych na adres poczty elektronicznej osoby fizycznej i gdy wysyłka ta odbywa się za pomocą automatycznych systemów wywołujących. Otóż stosując w omawianej sytuacji art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego przedsiębiorca zanim rozpocznie wysyłkę informacji handlowych powinien legitymować się zgodą osoby fizycznej będącej

---

<sup>1</sup> Krasuski Andrzej, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, wyd. IV. (WK 2015).

<sup>2</sup> Zob. uchwała SN z dnia 17 lutego 2015 r. syg. akt III CZP 7/15.

adresatem przekazu. Zgodnie z art. 174 prawa telekomunikacyjnego zgoda taka musi odpowiadać wymogom RODO.

Powyższe oznacza, że w nadawca komunikatu powinien uprzednio odebrać od adresata zgodę na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego. Natomiast w przypadku, gdy odbiorcą informacji handlowej jest oznaczony odbiorca będący osobą fizyczną (czego nadawca nie jest w stanie zweryfikować na odległość), powinien dodatkowo odebrać zgodę na przesyłanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Zgód tych nie powinno się łączyć bowiem, zgoda nie może być domniemana, co oznacza m.in. że nie powinna być wyprowadzona z innej zgody.

Powyższy stan prowadzi do sytuacji, w której konieczne jest odebranie od osoby fizycznej przynajmniej dwóch zgód, które w zasadzie służą temu samemu celowi, czyli zamówieniu informacji handlowych.

Pewne złagodzenie powyższego rygoru zawiera art. 10 ust. 2 uśude, który pozwala na uznanie zgody za wyrażoną, jeśli w celu przesyłania informacji handlowych odbiorca udostępnił identyfikujący go adres elektroniczny. Wydaje się więc, że odstępstwo to dotyczy wyłącznie przypadków, gdy informacje mają być nadawane na adres e-mail, z pominięciem komunikatów nadawanych na numery telefonów lub aplikacje mobilne. Złagodzenie wymogów formalnych ograniczone wyłącznie do *adresów elektronicznych* nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i dodatkowo wywołuje kolejne niepewności związaną ze stosowaniem omawianych norm. Adresat obowiązku nie ma bowiem pewności czy pod pojęciem adresów elektronicznych kryją się wyłącznie adresy e-mail, czy również adresy IP lub inne dane identyfikujące użytkownika danego urządzenia końcowego, w tym dane pochodzące z profilu w mediach społecznościowych (Messenger/WhatsApp), ID użytkownika (iMessage), czy numery telefonów, które w dobie cyfryzacji wykorzystują systemy teleinformatyczne do porozumiewania się na odległość.

Podsumowując, w związku z krzyżowaniem się norm prawa telekomunikacyjnego oraz uśude, liczba oraz rodzaj koniecznych do uzyskania zgód celem otrzymywania informacji handlowych różni się od tego czy nadawca używając telekomunikacyjnych urządzeń końcowych celem marketingu bezpośredniego:

- 1) stosuje automatyczne systemy wywołujące,
- 2) przesyła informacje handlowe do oznaczonych odbiorców będących osobami fizycznymi,
- 3) może mieć pewność, że odbiorca udostępnił nadawcy adres elektroniczny w tym właśnie celu,
- 4) prawidłowo zinterpretował pojęcia „automatyczne systemy wywołujące” oraz „adres elektroniczny”.

W związku z powyższym, stan prawny w którym dochodzi do krzyżowania się norm art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego oraz art. 10 ust. 1 uśude, należy poddać stanowczej krytyce. Omawiana sytuacja powoduje szereg niepewności do stosowania prawa i powinna być wyeliminowana przez ustawodawcę poprzez doprecyzowanie pojęć nieostrych, które zarówno w literaturze jak i orzecznictwie nie doczekały się satysfakcjonujących interpretacji. W szczególności dotyczy to pojęć takich jak „automatyczne systemy wywołujące” oraz „oznaczony odbiorca”. Również pojęcie „adres elektroniczny”, choć zdefiniowane w uśude to jednak nie w sposób, który zażegnałby wszelkie wątpliwości względem znaczenia. Nadto, korzystne z punktu widzenia pewności prawa wydaje się, znowelizowanie art. 10 uśude w ten sposób, aby nie dublować zgód wyrażanych de facto w tym samym celu. Natomiast zarówno pozostała treść art. 172 jak i art. 10 uśude, wyrażająca w szczególności zakaz obciążania odbiorcy kosztami używania środków, o których mowa w art. 172 ust. 3 Pt oraz odesłanie do ustawy o

czynach nieuczciwej konkurencji wyrażone w art. 10 ust. 3 uśude, zasługują na to by zachować moc obowiązującą.

Mając na uwadze powyższe należy odpowiedzieć na zadane w piśmie pytania w następujący sposób:

- 1) Czy zasadne jest utrzymywanie dwóch regulacji dotyczących zgody na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego (art. 172 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne oraz zgody na przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy, będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną)?**

Jak wskazano w odpowiedzi, utrzymywanie dwóch regulacji dotyczących zgód, o których stanowi art. 172 Pt oraz art. 10 ust. 1 i 2 uśude jest niezasadne. Zakres przedmiotowy jak i podmioty obu norm pokrywa się ze sobą w wielu sytuacjach, a obie zgody co do zasady służą temu samemu celowi.

- 2) Jak powinna wyglądać regulacja i kogo powinna dotyczyć?**

Powinno się dokonać nowelizacji zmierzającej do połączenia obu przepisów w jedną regulację. Należy rozważyć rozluźnienie rygoryzmu regulacji w relacjach między przedsiębiorcami, zwłaszcza pozostającymi w relacjach handlowych.

- 3) W której ustawie powinna znajdować się przedmiotowa regulacja?**

Regulacja ta powinna znajdować się w uśude.