



Warszawa, dnia 12.12.2024 r.

Izba Gospodarki Elektronicznej

Łucka 18/76,
00-845 Warszawa

Sz. P. Jacek Oko
Prezes Urzędu Komunikacji
Elektronicznej

ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

wejście w życie 10 listopada 2024 r. przepisów ustawy Prawo Komunikacji Elektronicznej¹ implementujących Europejski Kodeks Łączności Elektronicznej² spowodowało wiele istotnych zmian na rynku usług komunikacji elektronicznej.

Nowe przepisy objęły także mniej oczywiste i rzadko poruszane w debacie publicznej obszary, które mogą znacząco wpłynąć na działalność firm działających w Polsce w sektorze gospodarki elektronicznej i e-commerce. Jednym z takich obszarów jest w naszej ocenie współpraca podmiotów z tych branż z dostawcami usług komunikacji elektronicznej, w tym usług telekomunikacyjnych, przykładowo w celu oferowania klientom funkcjonalności opartych o SMS – na przykład wysyłania wiadomości SMS marketingowych z informacjami o promocjach, nowych ofertach, dostępności produktów dla konsumentów (użytkowników końcowych).

Celem Izby Gospodarki Elektronicznej (dalej jako: **e-Izba**), organizacji samorządu gospodarczego działającej na podstawie ustawy o izbach gospodarczych³ jest rozwój polskiej branży cyfrowej, poprzez reprezentację wspólnych interesów przedsiębiorców związanych z rynkiem gospodarki elektronicznej w Polsce m.in. w dialogu z instytucjami polskiej administracji, w tym w celu ochrony interesów polskich konsumentów.

W związku z tym chcielibyśmy zwrócić się z prośbą o przedstawienie stanowiska dotyczącego zagadnień opisanych w niniejszym piśmie, związanych z omawianym obszarem, w świetle nowych przepisów PKE. Właściwe zakwalifikowanie podmiotów oraz świadczonych przez nie usług ma istotne znaczenie dla ich działalności, zwłaszcza w kontekście obowiązków rejestrowych, sprawozdawczych oraz innych wynikających ze spełnienia określonych definicji. Wierzymy, że wypracowanie wspólnego stanowiska pozwoli na spójne interpretowanie nowych przepisów, co przyczyni się do zapewnienia pewności prawa i ułatwi jego egzekwowanie.

Poniższe zagadnienia dotyczą kwestii, które najczęściej budzą wątpliwości wśród przedsiębiorców oraz mają istotny wpływ na zakres obowiązków podmiotów z branży cyfrowej. Jeśli dostrzeżę Pan inne ważne elementy lub kryteria, które mogą pomóc w lepszym zrozumieniu zasad oceny świadczenia usług

¹ Ustawa z dnia 12 lipca 2024 r. - Prawo komunikacji elektronicznej (Dz. U. poz. 1221), dalej jako: **PKE**.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 321, str. 36 z późn. zm.), dalej jako: **EKŁE**.

³ Ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 579).





telekomunikacyjnych oraz kwalifikacji jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, e-Izba oraz jej członkowie będą wdzięczni za ich wskazanie w kontekście przedstawionej problematyki.

I. PRZEDSIĘBIORCA TELEKOMUNIKACYJNY

A. OPIS ZAGADNIENIA

- „Przedsiębiorca telekomunikacyjny” w art. 2 pkt 40 PKE, został zdefiniowany jako „przedsiębiorca (...), który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu **publicznej** sieci telekomunikacyjnej, świadczeniu powiązanych usług lub świadczeniu **publicznie dostępnych** usług telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do: a) świadczenia **publicznie dostępnych** usług telekomunikacyjnych, zwany jest dalej „dostawcą usług telekomunikacyjnych”, b) dostarczania **publicznej** sieci telekomunikacyjnej lub świadczenia powiązanych usług, zwany jest dalej „operatorem”. W podobny sposób definiowana jest działalność telekomunikacyjna w art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) PKE.
- W ocenie e-Izba taka redakcja przepisu **ograniczyła krąg podmiotów spełniających powyższą definicję**, a zarazem świadczących działalność telekomunikacyjną. Analogiczne wnioski w toku prac legislacyjnych zostały przedstawione przez Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji⁴.
- Nie sposób zgodzić się przy tym z uzasadnieniem do projektu PKE⁵, w którym wskazano, że „zaproponowana definicja odpowiada treścią dotychczasowej definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zawartej w art. 2 pkt 27 Pt. i dalej (...) Wdrażając EKŁE zdecydowano się na pozostawienie tej definicji (...)”. **Przytoczony w uzasadnieniu przepis nie zawierał dotychczas przesłanki „publiczności”**.
- Zgodnie z definicją zawartą zarówno w dotychczasowej ustawie prawo telekomunikacyjne⁶, jak i w PKE, **publicznie dostępna usługa telekomunikacyjna oznacza usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników**, natomiast użytkownikiem jest podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi komunikacji elektronicznej lub żądający świadczenia takiej usługi.
- **Pojęcie „świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych”** było znane już pod rządami PT, w związku z czym w zakresie aspektu publicznej dostępności usług, w ocenie e-Izby, można posiłkować się dotychczasowym dorobkiem doktryny opartym o brzmienie przepisów PT. Wskazywane jest, że „usługę można uznać za publicznie dostępną, jeżeli jest świadczona w sposób otwarty, a nie dla ustalonej wcześniej grupy odbiorców. Jednym z czynników decydujących o publicznym charakterze usługi jest to, że **jest ona oferowana w sposób otwarty na rynku i w**

⁴ Stanowisko Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji do projektu ustawy Prawo komunikacji elektronicznej z dnia 22.02.2024 r. (https://piit.org.pl/wp-content/uploads/2024/03/PIIT_stanowisko-uPKE_8.03.2024.pdf), dostęp: 04.11.2024 r.

⁵ Rządowy projekt ustawy - Prawo komunikacji elektronicznej, X Kadencja, druk sejm. nr 423.

⁶ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 34 z późn. zm.), dalej jako: **PT**.





konsekwencji jest dostępna dla każdego, kto jest chętny za nią zapłacić i dostosować się do warunków jej świadczenia”⁷.

- Dla porządku wskazujemy, że analogiczne rozumowanie dotyczyć będzie publicznie dostępnych usług komunikacji elektronicznej, w zakresie których obowiązki zostały określone w dziale VII PKE.

B. PRZYKŁAD

- Marketplace XYZ (tj. internetowa platforma handlowa służąca do zawierania umów pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami) poza standardowymi usługami, umożliwia swoim partnerom (przedsiębiorcom oferującym za pośrednictwem internetowej platformy handlowej swoje towary lub usługi) również wysyłkę za pośrednictwem tzw. bramki SMS, wiadomości SMS informujących konsumentów (tj. klientów partnerów) np. o promocjach, ofertach czy dostępności produktów.
- Wysyłanie wiadomości SMS nie jest możliwe przez podmioty niebędące partnerami. Partnerem mogą natomiast zostać **wyłącznie przedsiębiorcy**, którzy zawrą umowę z Marketplace XYZ oraz założą konto partnera w celu świadczenia swoich usług konsumentom.

C. PYTANIE / PROPONOWANE ROZUMIENIE

- Czy ze względu na z góry ograniczony krąg podmiotów (podmioty, które mają zawartą umowę z Marketplace XYZ / mają założone konto partnera), które mogą korzystać z funkcjonalności wysyłki SMS, usługa telekomunikacyjna nie jest publicznie dostępna? Czy są jakieś szczególne wytyczne, które UKE stosuje oceniając czy dana usługa jest publicznie dostępna czy nie?
- W ocenie e-Izby w przedstawionej sytuacji Marketplace XYZ nie będzie przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i nie będzie prowadził działalności telekomunikacyjnej, ponieważ nie jest ona publicznie dostępna.

II. GŁÓWNY CHARAKTER USŁUGI / FUNKCJONALNOŚCI

A. OPIS ZAGADNIENIA

- Aby spełnić definicję „usługi telekomunikacyjnej” w świetle PKE konieczne jest, aby **usługa polegała m.in. całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów** (art. 2 pkt 80 w zw. z art. 2 pkt 76 lit. c PKE).
- W ocenie e-Izby taka ocena powinna być dokonywana **przez pryzmat całokształtu zakresu świadczonej usługi** (np. dostarczenie narzędzia do zarządzania obsługą zamówień / platforma marketplace), w tym np. zgodnie z ogólnymi warunkami

⁷ A. Krasuski [w:] Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2015, art. 2.





świadczenia danej usługi oraz z uwzględnieniem rzeczywistego pozycjonowania / reklamowania takiej usługi na rynku.

- **Podobne podejście prezentowane jest w innych gałęziach prawa, w tym prawie podatkowym** - zgodnie z wiodącym poglądem wynikającym z orzecznictwa, to czy ogół świadczeń stanowi w istocie jedno zbiorcze świadczenie, należy ocenić z perspektywy nabywcy oraz cech charakterystycznych świadczenia. Jeżeli przeciętnemu świadczeniobiorcy zależy na połączeniu kilku świadczeń, przemawia to za istnieniem jednego świadczenia złożonego⁸.

B. PRZYKŁAD

Przykład nr 1

- Podmiot ABC oferuje swoim klientom oprogramowanie stanowiące system przeznaczony do zarządzania placówkami usługowymi (np. warsztaty samochodowe, fryzjerzy). Jego funkcjonalności obejmują wiele różnych elementów, w tym zarządzanie czasem pracy pracowników, grafikami poszczególnych pracowników, kontrolę wykorzystania narzędzi i maszyn, czy możliwość zamawiania niezbędnych do pracy produktów.
- Program umożliwia również automatyczne przypominanie konsumentom o wizytach za pomocą wiadomości SMS, jak i prowadzenie działań marketingowych – np. kierowanie do konsumentów, którzy wyrazili w systemie na to zgodę, komunikacji o promocji w danej placówce. Wysyłka SMS realizowana jest przez podmiot trzeci za pośrednictwem panelu wspomnianego oprogramowania. Z funkcjonalności tych można skorzystać wyłącznie dodatkowo, jeżeli korzysta się z „głównego systemu” i nie wpływają one w żaden sposób na poprawne i kompletne działanie oprogramowania.

Przykład nr 2

- Marketplace XYZ oferuje swoim klientom możliwość oferowania sprzedaż swoich produktów konsumentom. Usługa oferowana przez marketplace składa się z wielu różnych elementów, w tym monitorowanie zamówień, stanów magazynowych, badania poziomu zainteresowania danym produktem.
- Jedną z dodatkowych funkcjonalności jest możliwość wysyłania do klientów komunikacji marketingowej w postaci wiadomości SMS, jak również wiadomości e-mail oraz powiadomień Push. Wysyłka SMS realizowana jest przez podmiot trzeci za pośrednictwem panelu dostępnego za pośrednictwem konta w ramach platformy marketplace. Z funkcjonalności można skorzystać wyłącznie dodatkowo, jeżeli korzysta się z głównej usługi w postaci oferowania swoich produktów konsumentom za pośrednictwem platformy.

⁸ Tak np. Wyrok TS z 21.02.2008 r., C-425/06, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, DAWNIEJ MINISTERO DELLE FINANZE v. PART SERVICE SRL, SPÓŁKA W LIKWIDACJI, DAWNIEJ ITALSERVICE SRL, ZOTSIS 2008, nr 2, poz. I-897 / stanowisko Rzecznika Generalnego Juliane Kokott w opinii z dnia 22 października 2020 r. do sprawy C-581/19 Frenetikexito - Unipessoal Lda przeciwko Autoridade Tributária e Aduaneira, ECLI:EU:C:2020:855





C. PYTANIE / PROPONOWANE ROZUMIENIE

- Czy biorąc pod uwagę zakres usług świadczonych przez podmiot ABC / XYZ oraz jedynie dodatkowy charakter funkcjonalności wysyłki wiadomości SMS, można uznać, że usługa całkowicie lub głównie polega na przekazywaniu sygnałów? Jakimi kryteriami należy się kierować w tym zakresie?
- W ocenie e-Izby wskazywana funkcjonalność wysyłki wiadomości stanowi jedynie niewielki aspekt świadczonych usług. Głównym komponentem oprogramowania jest ułatwienie zarządzania daną placówką / oferowanie produktów konsumentom, a nie przekazywanie sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Oznacza to, że przekaz sygnałów w sieci telekomunikacyjnej nie stanowi głównego elementu usługi (rozumianej jako całość oprogramowania), a w związku z tym nie jest to usługa telekomunikacyjna.

III. ŚWIADCZENIE USŁUGI / OFEROWANIE FUNKCJONALNOŚCI WYKONYWANEJ PRZEZ INNEGO DOSTAWCĘ USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH

A. OPIS ZAGADNIENIA

- Usługa telekomunikacyjna, zgodnie z przepisem art. 2 pkt 80 w zw. z art. 2 pkt 76 lit. c PKE może być świadczona w różnych formach, tj. **(i)** za pomocą własnej sieci, **(ii)** z wykorzystaniem sieci innego operatora lub **(iii) sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług telekomunikacyjnych.**
- Największe wątpliwości interpretacyjne budzi ostatnia z ww. form, tj. świadczenie usługi telekomunikacyjnej poprzez sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług telekomunikacyjnych.
- Według e-Izby dla oceny spełnienia tej przesłanki znaczenie mogą mieć w szczególności:
 - (i) uzgodnienia między usługodawcą (np. dostawca oprogramowania SaaS) a dostawcami usług telekomunikacyjnych** realizującymi wysyłkę wiadomości SMS, **a także pomiędzy usługodawcą a jego klientami** (np. odbiorcy oprogramowania / klienci dostawcy), w tym np. brzmienie ogólnych warunków świadczenia usług, sposób opisu, prezentacji, rozliczania funkcjonalności;
 - (ii) kwestie techniczne**, tj. techniczny sposób działania i rozkład odpowiedzialności między poszczególne podmioty.

B. PRZYKŁAD

- W odniesieniu do pkt **(i)** powyżej – usługodawcy (np. dostawcy oprogramowania SaaS) często korzystają z gotowych rozwiązań dostawców usług telekomunikacyjnych, a





intencją usługodawców **nie jest** współpraca z dostawcami usług telekomunikacyjnych w celu odsprzedaży ich usługi klientom (np. odbiorom oprogramowania / klientom dostawców), tj. **oferowanie im funkcjonalności / usług analogicznych do tych oferowanych przez dostawców usług telekomunikacyjnych**.

- Wskazuje to, że intencją takich usługodawców nie jest przyjęcie roli przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, odpowiedzialnego za przekazywanie sygnału, a jedynie umożliwienie korzystania wycinkowo z funkcjonalności. Klienci korzystający z tego typu funkcjonalności również nie identyfikują jej jako usługi telekomunikacyjnej – stanowi ona dla nich wyłącznie jedną z funkcjonalności, z której korzystają w ściśle określonym celu jaki jest najczęściej prowadzenie działań marketingowych.
- Odmienna sytuacja niejednokrotnie występowała w przypadku odsprzedaży usług przez sieci spożywcze, które we własnym imieniu i na własny rachunek „odsprzedawały” usługi telekomunikacyjne w zakresie tożsamym / analogicznym do usług oferowanych przez takich dostawców.

C. PYTANIE / PROPONOWANE ROZUMIENIE

- Czy korzystanie z usług podmiotów trzecich w celu umożliwienia korzystania z jednej z funkcjonalności (np. wysyłka SMS z promocjami) zgodnie z powyższymi założeniami oznacza, że świadczona jest usługa telekomunikacyjna poprzez sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług telekomunikacyjnych?
- W ocenie e-Izby w takiej sytuacji nie dochodzi do świadczenia usług telekomunikacyjnych.
- Dodatkowym, poza wskazanym w lit. B powyżej argumentem dot. nieoferowania analogicznego zakresu usług (prostej odsprzedaży usług dostawcy usług telekomunikacyjnych) przeciwko spełnieniu omawianego kryterium jest fakt, że celem takich usługodawców nie jest umożliwienie swoim klientom dostępu do infrastruktury technicznej umożliwiającej zarządzanie usługą przekazywania sygnałów, a nadto usługodawcy ci również nie posiadają dostępu do takiej infrastruktury operatora ani dostawców końcowych odpowiedzialnych za realizację przekazu sygnałów. W konsekwencji, przekazywanie wiadomości SMS do klientów partnerów następuje w oparciu o korzystanie z usług uprawnionych do wykonywania tego typu działalności operatorów usług bez ingerencji technicznej w strukturę sieci telekomunikacyjnej i dokonywane jest na podstawie umów zawartych między usługodawcami, a dostawcami usług telekomunikacyjnych.

IV. WPŁYW KLIENTA NA TREŚĆ WIADOMOŚCI

A. OPIS ZAGADNIENIA

- Ostatnim z poruszanych w ramach niniejszego pisma aspektów jest **wpływ klienta usługodawcy** (np. podmiot korzystający z danego oprogramowania / partner





platformy marketplace) **na treść wiadomości SMS pod kątem spełnienia definicji usługi telekomunikacyjnej.**

- Potencjalny brak możliwości redagowania przez klienta usługodawcy treści wiadomości SMS, a jedynie automatyczna wysyłka wiadomości lub korzystanie z gotowych szablonów może w ocenie e-Izby świadczyć o braku spełnienia definicji usługi telekomunikacyjnej, ze względu na wyłączenie zawarte w art. 2 pkt 76 PKE, tj. **usługi związane z zapewnianiem treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci telekomunikacyjnych.**

B. PRZYKŁAD

- Dostawca oprogramowania do zarządzania placówkami medycznymi XYZ umożliwia swoim partnerom (przedsiębiorcom) wysyłkę za pośrednictwem panelu w ramach oprogramowania wiadomości SMS informujących pacjentów (tj. klientów partnerów) **(i)** o nadchodzących wizytach oraz **(ii)** o promocjach w danej placówce.
- W przypadku SMSów o nadchodzącym wizytach – treść generowania jest automatycznie i placówka nie ma żadnego wpływu na jej treść.
- Natomiast w przypadku wiadomości marketingowych (dot. promocji) – placówka ma możliwość skorzystania wyłącznie z wcześniej przygotowanych szablonów wiadomości, które przygotowane zostały przez dział marketingu dostawcy oprogramowania po wcześniejszej analizie ich skuteczności, a zarazem nie ma możliwości stworzenia swojej własnej treści wiadomości SMS.

C. PYTANIE / PROPONOWANE ROZUMIENIE

- Czy brak możliwości pełnego wpływu na treść wiadomości SMS przez klienta dostawcy oprogramowania oznacza, że taka usługa nie stanowi usługi telekomunikacyjnej?
- W ocenie e-Izby obydwie opisane sytuacje nie będą stanowiły usługi telekomunikacyjnej, ponieważ funkcjonalności w rzeczywistości dotyczą jedynie zapewnienia treści, które następnie są wysyłane do użytkowników końcowych przy wykorzystaniu sieci telekomunikacyjnych. Istotą usługi nie jest przekazywanie sygnałów.

Z wyrazami szacunku,

Patrycja Staniszevska
Prezes Zarządu
Izby Gospodarki Elektronicznej



poświadczenie złożenia podpisów i pieczęci elektronicznych

Certyfikat dla dokumentu o Autenti ID: 1bef4ab2-aa9d-432e-8ce7-905433f1b159
utworzonego: 2024-12-12 14:32 (GMT+01:00)

