

I Śniadanie e-Commerce Polska.

Temat: Wyzwania prawne związane ze stosowaniem art. 172 prawa telekomunikacyjnego

10 grudnia o godz. 10:00 w Restauracji Akademia Smaku odbyło się organizowane przez e-Commerce Polska, I Śniadanie e-Commerce Polska pt. "Wyzwania prawne związane ze stosowaniem art. 172 prawa telekomunikacyjnego".

Tematem przewodnim spotkania było omówienie istniejących barier wynikających z art. 172 prawa telekomunikacyjnego oraz poszukiwanie potencjalnych rozwiązań mających na celu usunięcie trudności jakie mają przedsiębiorcy w prawidłowym stosowaniu tego przepisu.

W spotkaniu wzięli udział eksperci, reprezentanci regulatorów, tj. UOKIK i GIODO oraz biznesu, w szczególności zrzeszeń przedsiębiorców, w tym, poza Izbą Gospodarki Elektronicznej, Konfederacja Lewiatan. Debatę poprowadził radca prawny dr Dominik Lubasz z Kancelarii Lubasz i Wspólnicy - Kancelaria Radców Prawnych.

Zagadnienie stosowania art. 172 prawa telekomunikacyjnego budzi emocje nie tylko wśród przedsiębiorców, ale także przedstawiciele piśmiennictwa prawnego. Jest to związane nie tylko z przedmiotem regulacji art. 172, ale także, a może przede wszystkim, sposobem wprowadzenia go jako przepisu zmieniającego do projektu ustawy o prawach konsumenta. Nastąpiło to bowiem bez należytego uzasadnienia i bez konsultacji społecznych.

Wątpliwości dotyczące art. 172 prawa telekomunikacyjnego budzą zagadnienia związane z pytaniami zarówno o zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy zastosowania tego przepisu. Nie jest jasne, biorąc pod uwagę podstawę implementacyjną oraz uzasadnienie regulacji, czy obejmuje on swą mocą tylko relacje B2C czy też B2B, co wynikałoby wprost z literalnej jego wykładni. Wątpliwości wywołuje również stosunek art. 172 pr. tel. do art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych i wynikające z tego konsekwencje obejmujące zagadnienia liczby koniecznych do odebrania zgód związanych z przetwarzaniem danych osobowych, sposób pozyskania zgód i podmiotów ich udzielających, prawa do „pierwszego pytania” oraz dopuszczalności inicjowania przez przedsiębiorcę pozyskania zgody konsumenta.

W trakcie wystąpień podkreślano, że zmiana prawa telekomunikacyjnego wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, art. 172 pr. tel. stanowi retranspozycję art. 10 dyrektywy 2002/65/WE dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość, który był implementowany przez art. 6 ust. 3 i 4 u.o.n.p.k., uchylonej na mocy art. 52 pkt 1 u.p.k. Zgodnie z art. 10 ust. 1 dyrektywy 2002/65/WE zastosowanie automatycznych urządzeń wywołujących bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące) i faksów wymaga wcześniejszej zgody konsumenta. Ponadto w myśl art. 10 ust. 2 dyrektywy środki porozumiewania się na odległość inne niż określone w ustępie 1, jeśli pozwalają na indywidualne porozumiewanie się, nie są dozwolone, chyba że otrzymano zgodę konsumenta, lub mogą być stosowane wyłącznie wtedy, gdy konsument nie wyraził wyraźnego sprzeciwu. Po drugie, nowelizacja uzupełnia transpozycję art. 13 dyrektywy 2002/58/WE, który zgody abonenta lub użytkownika wymaga w przypadku używania automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego (art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE).

Wybierając sposób regulacji dozwolony na podstawie art. 10 ust. 2 dyrektywy 2002/65/WE i art. 13 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE, ustawodawca polski zdecydował się na wdrożenie modelu opt-in, zgodnie z którym wymagana jest wyraźna zgoda, a nie modelu opt-out, w którym wystarczającym jest brak wyrażenia przez konsumenta wyraźnego sprzeciwu, odpowiednio, w stosunku do innych środków porozumiewania się na odległość, jeśli pozwalają na indywidualne porozumiewanie się oraz w przypadku innych niezamówionych komunikatów do celów marketingu bezpośredniego.

Wskazywano jednocześnie, że novum wynikającym z nowelizacji dokonywanej art. 48 u.p.k. jest konieczność uzyskiwania uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego na używanie do celów marketingu bezpośredniego telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym jest, zgodnie z art. 2 pkt 43 pr. telekom., urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci, a więc zatem np. telefon analogowy, cyfrowy, telefonii stacjonarnej lub mobilnej, telefaks, tablet czy wreszcie inne urządzenia lub ich części przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci, jak routery, modemy czy odpowiednio wyposażone komputery. Wprowadzona modyfikacja miała być uzasadniana uchyleciem przez ustawę o prawach konsumenta ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, a w szczególności jej art. 6 ust. 3, który stanowił, że uprzedniej zgody konsumenta wymaga posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy. Zakres zastosowania art. 172 pr. tel. jest jednak istotnie szerszy niż dotychczasowego art. 6 ust. 3 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów, zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym ingerując istotnie w działalność podmiotów zajmujących się marketingiem bezpośrednim.

Jednocześnie przedstawiciel UOKIK p. Łukasz Wroński podkreślał, że przepis art. 172 pr. tel. Wypełnia lukę legislacyjną i lepiej zabezpiecza interesy odbiorców komunikatów marketingowych, sankcjonując szerszy zakres naruszeń oraz podwyższając sankcję.

Podsumowując debatę uczestnicy wskazali, na konieczność wypracowania przy udziale regulatorów rynku tj. UOKIK, UKE i GIODO z jego uczestnikami modelu prawidłowego zastosowania analizowanego przepisu art. 172 pr. tel., a w szczególności opracowania dobrych praktyk branżowych, w celu uniknięcia niepożądanych zjawisk rynkowych. Mogłyby one stać się w przyszłości podstawą do rozważania konieczności i zakresu modyfikacji ustawy prawo telekomunikacyjnego, ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i ustawy o ochronie danych osobowych mającej na celu wypracowanie spójnego systemu regulacyjnego marketingu bezpośredniego.

Konkludując Łukasz Kiczma członek zarządu e-Izby, zachęcał do aktywnego uczestnictwa w pracach, podkreślając czynny udział merytoryczny zarządu e-Izby.

Opiekun merytoryczny:

