



Warszawa, 17.04.2020 r.

Sz. P. Jan Nowak
Prezes Urzędu Ochrony
Danych Osobowych

Szanowny Panie Prezesie,

Epidemia choroby wywoływanej przez wirusa SARS-CoV-2 zasadniczo zmieniła sposób pracy zarówno podmiotów prywatnych jak i publicznych. Wiele osób zatrudnionych w podmiotach publicznych wykonuje swoje obowiązki służbowe zdalnie. Inne osoby nie wykonują pracy w związku z potrzebą zapewnienia opieki dzieciom. Urzędy są niedostępne dla petentów. W tych okolicznościach korespondencja pisemna, doręczana do podmiotów publicznych za pośrednictwem ich kancelarii podawczych lub operatorów pocztowych, która dotychczas stanowiła główny sposób komunikowania się z podmiotami publicznymi stała się utrudniona czy wręcz niemożliwa. Jednocześnie znaczenie komunikacji elektronicznej gwałtownie wzrosło. Mówi się nawet, że epidemia przyspieszyła cyfryzację kraju.

Jednakże komunikacja elektroniczna z podmiotami publicznymi wciąż napotyka na swojej drodze ograniczenia natury prawnej. Dotyczy to w szczególności elektronicznej komunikacji zawierającej oferty towarów lub usług dla sektora publicznego. Pomimo epidemii podmioty publiczne w dalszym ciągu potrzebują dla swojego sprawnego działania rozmaitych towarów i usług, a przedsiębiorcy potrzebują dotrzeć do tych podmiotów ze swoją ofertą. Interesy podmiotów publicznych i przedsiębiorców są zgodne. Wymagają doraźnej liberalizacji przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną („**UŚUDE**”) oraz ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne („**PT**”), wymagających uprzedniej zgody odbiorców komunikacji elektronicznej w podmiotach publicznych na przesłanie im ofert handlowych.



Poniżej scharakteryzowany został obecny stan prawny oraz zaproponowane zostały potrzebne zmiany.

1. Obecny stan prawny

W obecnym stanie prawnym dozwolona jest elektroniczna komunikacja marketingowa kierowana na ogólne dane kontaktowe podmiotu (np. na adres poczty elektronicznej informacja@um.warszawa.pl) i nie wymaga zgody.

Istnieją spory interpretacyjne czy zawsze elektroniczna komunikacja marketingowa kierowana na dane kontaktowe skierowana do oznaczonych odbiorców (np. jan.kowalski@um.warszawa.pl, prezydent@um.warszawa.pl) wymaga ich zgody.

1.1. Komunikacja marketingowa – adresy ogólne

Przesyłanie elektronicznej komunikacji marketingowej na ogólne elektroniczne dane kontaktowe podmiotu prywatnego czy publicznego jest dozwolone i nie wymaga uzyskania uprzedniej zgody.

Art. 10 UŚUDE, który nakłada ograniczenia na wysyłanie środkami komunikacji elektronicznej informacji handlowych wprost wskazuje, że ograniczenia w nim wskazane dotyczą wysyłania informacji do „oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną”.

Podobnie, celowościowo należy interpretować art. 172 ust. 1 PT.

Przepis ten wymaga wyrażenia zgody wtedy, gdy komunikacja marketingowa jest kierowana za pomocą telekomunikacyjnego urządzenia końcowego do „abonenta lub użytkownika końcowego”. Abonent lub użytkownik końcowy, zgodnie z ogólnym znaczeniem tych określeń ustawowych, może być osobą fizyczną, osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną. Może nim być również podmiot publiczny.

To oznacza, że zgody wymaga komunikacja kierowana do abonenta będącego osobą fizyczną lub do organu abonenta niebędącego osobą fizyczną lub do konkretnego użytkownika



końcowego, bowiem tylko takie podmioty mogą wyrazić skutecznie zgodę zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.

Ogólne dane kontaktowe abonenta nie są bowiem zwykle przypisane do jednej oznaczonej osoby. Innymi słowy, nie ma swojego „właściciela”, który mógłby decydować, jaką komunikację życzy sobie otrzymywać. Powyższą argumentację wzmacnia cel nowelizacji, która nadała art. 172 ust. 1 PT jego obecne brzmienie. Nowelizacja art. 172 ust. 1 PT zawarta została w ustawie z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta. Uzasadnienie projektu ustawy wyjaśnia, że projektowane zmiany, zmierzające do objęcia wymogiem uzyskania zgody również używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, zapewniają transpozycję art. 10 dyrektywy 2002/65/WE. Celem tej dyrektywy jest z kolei ochrona „konsumentów, którzy nie życzą sobie kontaktów poprzez niektóre środki porozumiewania się”. Nie wydaje się zatem rozsądne rozciąganie zastosowania art. 172 ust. 1 PT na odbiorców komunikacji marketingowej niebędących konsumentami, w tym na podmioty publiczne.

1.2. Komunikacja marketingowa – adresy imienne i funkcyjne

Kierowanie komunikacji marketingowej na imienne i funkcyjne adresy poczty elektronicznej podmiotów publicznych, bez uprzedniej zgody odbiorców, budzi wątpliwości interpretacyjne. Dane kontaktowe do pracowników czy osób pełniących funkcje w podmiotach publicznych, udostępnione dobrowolnie przez podmiot publiczny, pomimo braku takiego obowiązku ustawowego, powinny umożliwiać komunikację z podmiotem publicznym w każdej sprawie związanej z funkcjonowaniem takiego podmiotu, w tym w celu przedstawienia oferty handlowej.

Istnieje jednak ryzyko, że przy literalnej interpretacji art. 10 UŚUDE, konieczna byłaby zgoda odbiorcy – pracownika lub osoby wykonującej funkcję w podmiocie publicznym na otrzymywanie informacji handlowych. Przy rozszerzającej wykładni art. 10 UŚUDE można by przyjąć, że nawet jeśli dane kontaktowe pracownika nie identyfikują go bezpośrednio a jedynie poprzez funkcję którą pełni (np. naczelnika), wymagane byłoby uzyskanie jego zgody na przesyłanie mu informacji o charakterze handlowym.



Podobnie, istnieje ryzyko wykładni art. 172 ust. 1 PT w ramach, której marketing bezpośredni skierowany do pracownika lub osoby pełniącej funkcję w podmiocie publicznym wymaga zgody tej osoby jako użytkownika końcowego (choć, osoba ta korzysta z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych dla zaspokojenia potrzeb podmiotu publicznego, a nie dla zaspokojenia własnych potrzeb, a zatem literalnie nie powinna być objęta tymi przepisami, bowiem jest objęta definicją użytkownika końcowego w rozumieniu art. 2 pkt. 50) PT).

2. Proponowane zmiany

Wychodząc naprzeciw potrzebie doraźnego usunięcia przedstawionych powyżej przeszkód natury prawnej, proponuje się wprowadzenie następujących zmian przepisów poprzez wprowadzeni ust. 2(1) do art. 10 uśude oraz 1(1) Prawo Telekomunikacyjne (*zmiany kursywą*).

USUDE

Art. 10. Zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej.

2. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny

2(1). Dozwolone jest przesyłanie informacji handlowej bez zgody odbiorcy zatrudnionego w podmiocie publicznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub powołanego lub wybranego na funkcję lub stanowisko w takim podmiocie, jeżeli:

1) podmiot rozpowszechniający informacje handlową uzyskał adres elektroniczny tego odbiorcy w kontekście sprzedaży towaru lub usługi na rzecz podmiotu publicznego, a następnie adres ten został użyty przez ten podmiot rozpowszechniający, a przesłana



informacja handlowa dotyczy własnych towarów lub usług podobnych, pod warunkiem, że odbiorca został jasno i wyraźnie poinformowany o możliwości wniesienia bez opłat sprzeciwu względem otrzymywania informacji handlowych, w chwili zbierania adresu elektronicznego oraz w każdej otrzymywanej informacji, w przypadku odbiorców, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu używaniu, lub

- 2) adres elektroniczny odbiorcy został pobrany z publicznie dostępnych źródeł udostępnionych przez podmiot publiczny, a przesłana informacja handlowa jest związana z przedmiotem działalności, zadaniami, kompetencjami lub bieżącym funkcjonowaniem podmiotu publicznego, pod warunkiem, że odbiorca został jasno i wyraźnie poinformowany o możliwości wniesienia bez opłat sprzeciwu względem otrzymywania informacji handlowych, w każdej otrzymanej informacji.*

3. Działanie, o którym mowa w ust. 1, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów [ustawy](#), o której mowa w art. 9 ust. 3 pkt 1.

Prawo Telekomunikacyjne

Art. 172. 1. Zakazane jest używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę.

1(1). Dozwolony jest marketing bezpośredni bez zgody użytkownika końcowego zatrudnionego w podmiocie publicznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub powołanego lub wybranego na funkcję lub stanowisko w takim podmiocie, jeżeli abonentem jest podmiot publiczny oraz:

- 1) podmiot wysyłający marketing bezpośredni uzyskał elektroniczne dane kontaktowe tego użytkownika końcowego w kontekście sprzedaży towaru lub usługi na rzecz podmiotu publicznego, a następnie dane te zostały użyte przez podmiot wysyłający marketing, a marketing bezpośredni dotyczy własnych towarów lub usług podobnych, pod warunkiem, że użytkownik końcowy został jasno i wyraźnie poinformowany o możliwości wniesienia bez opłat sprzeciwu względem otrzymywania marketingu*



bezpośredniego, w chwili zbierania danych kontaktowych oraz w każdej wiadomości marketingowej, lub

- 2) *elektroniczne dane kontaktowe zostały pobrane z publicznie dostępnych źródeł udostępnionych przez podmiot publiczny, a marketing bezpośredni jest związany z przedmiotem działalności, zadaniami lub kompetencjami podmiotu realizującego zadanie publiczne, pod warunkiem, że użytkownik końcowy został jasno i wyraźnie poinformowany o możliwości wniesienia bez opłat sprzeciwu względem otrzymywania marketingu bezpośredniego, w każdej wiadomości marketingowej.*

2. Przepis ust. 1 nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej wynikających z odrębnych ustaw.

3. Używanie środków, o których mowa w ust. 1, dla celów marketingu bezpośredniego nie może odbywać się na koszt konsumenta.

3. Zgodność proponowanych zmian z prawem UE

3.1. Dyrektywa 2002/58/WE ("Dyrektywa ePrivacy")

Proponowane zmiany można oprzeć na Dyrektywie ePrivacy.

Dyrektywą ePrivacy zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia przepisów, zgodnie z którymi używanie poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego jest dozwolone wobec abonentów będących osobami fizycznymi lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę (art. 13 ust. 1 i 5 Dyrektywy ePrivacy).

Dyrektywa ePrivacy, umożliwia, w art. 13 ust. 2 wprowadzenie ułatwienia przy marketingu bezpośrednim skierowanym do klientów.

Postulowane przepisy transponują art. 13 ust 2 w związku z art. 13 ust. 5 Dyrektywy ePrivacy wprost przez dodanie tzw. soft opt-in a także przyjmują domniemanie, że podmiot publiczny poprzez umieszczenie danych kontaktowych na publicznie dostępnych stronach internetowych (w sytuacji, gdy nie ma takiego obowiązku przewidzianego prawem),



umożliwia de facto innym podmiotom kontakt we wszelkich sprawach, które mogą być przedmiotem zainteresowania podmiotu publicznego, w tym w celu przedstawienia oferty związanej z przedmiotem działalności, zadaniami, kompetencjami lub bieżącym funkcjonowaniem podmiotu publicznego.

Dyrektywa ePrivacy wymaga od państw członkowskich zachowania odpowiednich ram określonych w Dyrektywie ePrivacy, ale też daje dość duży zakres swobody stanowienia przepisów. Proponowane zmiany mieszczą się w tym zakresie swobody.

3.2. Rozporządzenie 2016/679 ("RODO")

Proponowane zmiany są zgodne z RODO.

Żaden przepis RODO nie przesądza, że podstawą prawną wykorzystywania danych osobowych, w szczególności danych kontaktowych, w celu komunikacji marketingowej powinna być zgoda osoby, której te dane dotyczą. Przeciwnie, RODO pozostawia możliwość oparcia komunikacji marketingowej na podstawie tzw. uzasadnionego interesu nadawcy komunikacji marketingowej (administratora danych osobowych). Potwierdza to zresztą sama preambuła do RODO, zgodnie z którą „za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego”.

Jeżeli zatem, zgodnie z proponowanymi zmianami, przedsiębiorcy mogliby skorzystać z wyjątku od wymogu uzyskania zgody na kierowanie komunikacji marketingowej, to względy spójności przemawiają za tym, żeby wykorzystanie danych osobowych w ramach takiej komunikacji marketingowej również nie wymagało zgody.

Z wyrazami szacunku

Michał Kanownik

Prezes Zarządu

Związek Cyfrowa Polska