

Warszawa, 18 stycznia 2024 r.

Magdalena Brzeska
Prezeska Zarządu
Polskiego Stowarzyszenia Marketingu SMB

Ministerstwo Cyfryzacji
Departament Projektów i Strategii
ul. Królewska 27
00-060 Warszawa
pismo wysłane również przez e-mail na adres:
Sekretariat.DPIS@cyfra.gov.pl

**STANOWISKO POLSKIEGO STOWARZYSZENIA MARKETINGU SMB
WS. WDROŻENIA DO STOSOWANIA W POLSCE AKTU O USŁUGACH CYFROWYCH
ORAZ ZAPROSZENIE DO ANGAŻOWANIA STOWARZYSZENIA W KONSULTACJE
INNYCH AKTÓW PRAWNYCH, ZWŁASZCZA PRAWA KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Szanowni Państwo,

pragniemy serdecznie pogratulować Ministrowi Cyfryzacji - Panu Krzysztofowi Gawkowskiemu - objęcia urzędu oraz zaprosić do angażowania Polskiego Stowarzyszenia Marketingu SMB w konsultacje aktów prawnych, które są związane z branżą marketingową, contact center oraz direct mail, opracowywanych w zespole Ministerstwa.

W odpowiedzi na zaproszenie do udziału w konsultacjach założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz niektórych innych ustaw wdrażającej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (Akt o usługach cyfrowych) przedstawiamy uwagi Polskiego Stowarzyszenia Marketingu SMB.

Dodatkowo pragniemy już teraz zgłosić istotne postulaty odnośnie projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej, nad którym zespół Ministerstwa prowadzi obecnie prace, a który to projekt w opinii Stowarzyszenia wymaga szeregu niezbędnych korekt w zakresie dotyczącym marketingu bezpośredniego (art. 393-394 projektu ustawy).

Przedstawiamy także obszernie doświadczenie i dorobek Stowarzyszenia w pracach legislacyjnych oraz podnoszeniu jakości funkcjonowania branży marketingowej – zarówno na krajowym jak i unijnym poziomie. Nie sposób pominąć tu również prac legislacyjnych prowadzonych przez zespół Ministerstwa Cyfryzacji, w których Stowarzyszenie było zaangażowane bezpośrednio.

Wierzymy, że nasze spostrzeżenia i wnioski spotkają się z Państwa aprobatą. Jako Stowarzyszenie pragniemy również zaproponować robocze spotkanie z przedstawicielami zespołu Ministerstwa w celu szerszego omówienia naszego stanowiska oraz wpływu, jaki mogą mieć na branżę marketingową rozwiązania zawarte w procedowanych projektach aktów prawnych.

1. Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz niektórych innych ustaw wdrażającej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (Akt o usługach cyfrowych)

Polskie Stowarzyszenie Marketingu SMB stoi na stanowisku, że przyjęte obecnie rozwiązanie polegające na rozdeleniu kompetencji w zakresie egzekwowania przepisów Aktu o usługach cyfrowych („DSA”) jest niewłaściwe. **Postulujemy, aby nadzorowanie przestrzegania DSA w Polsce zostało powierzone jednemu organowi – Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej.**

Nasz postulat uzasadniamy potrzebą ujednoczenia polskiego ekosystemu prawno-instytucjonalnego dla branży marketingowej. Obecnie różne kompetencje w tym zakresie są rozdzielone pomiędzy trzy organy regulacyjne: Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a także Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych. Przedsiębiorcy funkcjonujący na rynku marketingowym są przez to zmuszeni do wyższej niż standardowo uważności w zakresie aktualnej praktyki stosowania przepisów przez poszczególnych regulatorów.

W przypadku, gdyby za nadzorowanie przestrzegania DSA w Polsce miały odpowiadać **dwa** organy regulacyjne, stopień skomplikowania ww. ekosystemu prawno-instytucjonalnego będzie jeszcze wyższy, a wyzwania prawne dla przedsiębiorców z branży marketingowej – jeszcze poważniejsze. Dojdzie do sytuacji, w której w ramach jednego aktu prawnego może występować dwóch regulatorów, a podział ich kompetencji może być niejednoznaczny. Warto zaznaczyć, że założenia projektu ustawy opublikowane na stronie <https://www.gov.pl/web/cyfrizacja/konsultacje-dotyczace-wdrozenia-aktu-o-uslugach-cyfrowych-digital-services-act>) nie precyzują w żaden sposób, które kompetencje nadzorcze miałyby przypaść Prezesowi UKE, a które Prezesowi UOKiK.

Należy w tym kontekście przywołać chociażby problem istotny dla branży marketingowej polegający na jednoznacznym ustaleniu, który z trzech ww. organów regulacyjnych jest właściwy do nadzorowania przestrzegania przepisów obecnie obowiązującego art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Każdy z tych organów podejmuje własne działania i nakłada kary za naruszenie ww. przepisu (np. <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/inne/decyzja-prezesa-uke-nakladajaca-kare-na-tani-opal-sp-z-o-o-3.html>; https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19719). Oceny prawne ww. organów wobec konkretnych problemów w stosowaniu przepisów (np. dopuszczalności dzwonienia wyłącznie z pytaniem o zgodę na kontakt w celach marketingowych) nie są jednolite.

Pomimo pojawienia się w 2019 r. w przestrzeni publicznej informacji o tym, że trzy ww. organy regulacyjne planują zawrzeć porozumienie o współpracy (<https://www.wirtualnemedi.pl/arttykul/uodo-przeciwko-niechcianemu-telemarketingowi-razem-z-uokik-iem-i-uke-wspolny-front>), nie sposób zauważyć jakichkolwiek przejawów tej współpracy ani oficjalnego ogłoszenia treści ww. porozumienia.

Rozdzielenie kompetencji organów nadzorujących przestrzeganie DSA rodzi zatem istotne ryzyko swego rodzaju „dualizmu regulacyjnego” oraz braku odpowiedniej współpracy pomiędzy oba organami. Będzie to skutkowało brakiem pewności przedsiębiorców odnośnie właściwej praktyki stosowania DSA i jeszcze wyższymi, nieuzasadnionymi i nieproporcjonalnymi kosztami zapewnienia zgodności z nowymi regulacjami.

W ostatnich latach, a zwłaszcza w ostatnich tygodniach mierzymy się jako państwo i społeczeństwo z problemem braku jedności w zakresie ocen prawnych poszczególnych zdarzeń oraz ich skutków. Problem ten wyrządza ogromną szkodę dla jakości funkcjonowania naszego państwa i społeczeństwa. Wierzmy, że wdrożenie w Polsce przepisów DSA będzie krokiem w kierunku podwyższenia poziomu pewności prawa oraz właściwej praktyki jego stosowania.

2. Istotne postulaty odnośnie projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej

a) Brak implementacji art. 13 ust. 2 Dyrektywy o e-prywatności

Podstawowym zastrzeżeniem, jakie nasze Stowarzyszenie zgłasza do treści art. 393 dotychczasowego projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej („PKE”), jest to, że w ogóle nie przewiduje on transpozycji do polskiego porządku prawnego art. 13 ust. 2 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 e-prywatności”). Okoliczność ta ma bardzo negatywny wpływ na działalność polskich przedsiębiorców, w szczególności w relacji z konkurencyjnymi firmami zagranicznymi działającymi na jednolitym rynku unijnym (w tym rynku usług udostępnianych transgranicznie).

Zgodnie z art. 13 ust. 2 Dyrektywy o e-prywatności:

Niezależnie od przepisów ust. 1 (obowiązek uzyskania zgody na e-mail marketing; przypis SMB), w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług pod warunkiem, że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.

Powyższy przepis wprowadza dodatkową formułę zapisywania odbiorców do komunikacji e-mail marketingowej. Formuła ta w prawie unijnym nazywana jest „soft opt-in”. Przewiduje ona, że przedsiębiorca ma prawo przysyłać komunikację marketingową w formie e-mail do swoich klientów, o ile nie wyrazili oni sprzeciwu wobec tej formy komunikacji. Warunkiem stosowania formuły „soft opt-in” jest spełnienie przez przedsiębiorcę określonych obowiązków informacyjnych wobec klientów przy zbieraniu danych, jak również przy każdej kolejnej komunikacji, a także umożliwienie łatwego wyrażenia sprzeciwu wobec takiej formy komunikacji. Kluczowe dla stosowania tego rozwiązania jest to, że można je stosować wyłącznie w stosunku do osób, które są klientami danego przedsiębiorcy, a komunikaty marketingowe muszą dotyczyć podobnych produktów lub usług tego przedsiębiorcy. Tym samym formuła ta nie może w żadnym wypadku zostać wykorzystana np. do zbierania i sprzedawania baz danych podmiotom trzecim w celu ich wykorzystania w sposób zaskakujący odbiorców (osoby fizyczne).

Uzasadnieniem gospodarczym dla ww. formuły jest fakt, że klienci dokonujący zakupu danego produktu, w tym np. rejestrując się w danym serwisie, zazwyczaj są zainteresowani kolejnymi informacjami, promocjami oraz innymi ofertami, które w przyszłości może mieć dany przedsiębiorca. Tworzy się pewna relacja gospodarcza, którą przedsiębiorca w sposób naturalny może kontynuować. A klient może ją w każdej chwili zakończyć, w sposób prosty i wolny od opłat.

Znaczenie ma tutaj okoliczność, że w dzisiejszych czasach klienci przy dokonywaniu zakupów wolą nie zaznaczać żadnych okienek ze zgodą, o ile nie jest to niezbędne. Przeciętny konsument, bez wiedzy prawnej, często nie ma pewności czego dokładnie dotyczy dana zgoda. W szczególności może obawiać się, że jego dane zostaną udostępnione podmiotom trzecim (sprzedane) i że będzie otrzymywał komunikację marketingową, którą nie jest zainteresowany.

Formuła soft opt-in stanowi odpowiedź na tego rodzaju obawy i zachowania klientów, nie naruszając jednocześnie ich prywatności.

Należy w tym miejscu podkreślić, że art. 13 ust. 2 Dyrektywy o e-prywatności jest przepisem prawa unijnego, którego transpozycja do polskiego porządku prawnego jest obowiązkowa. **Według naszych ustaleń Polska jest jedynym państwem członkowskim Unii Europejskiej, który nie wdrożył do swojego**

porządku prawnego ww. przepisu. Za takie wdrożenie z pewnością nie sposób uznać art. 10 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, którego treść rozmija się całkowicie z treścią art. 13 ust. 2 Dyrektywy o e-prywatności (*Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny*).

Państwa członkowskie nie otrzymały w zakresie tzw. soft opt-in swobody decyzyjnej, jak to ma miejsce w przypadku telemarketingu (art. 13 ust. 3 Dyrektywy o e-prywatności). To oznacza, że brak transpozycji tych przepisów do polskiego porządku prawnego, stanowi naruszenie prawa unijnego. W konsekwencji, organy odpowiedzialne za stosowanie przyszłego art. 393 PKE (podobnie jak dzisiejszych art. 172 Prawa telekomunikacyjnego i art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną) nie będą mogły nałożyć kar na podmioty powołujące się w swojej działalności wprost na art. 13 ust. 2 Dyrektywy (zasada bezpośredniego skutku prawa europejskiego¹).

W tym miejscu wyjaśniamy, że według naszej wiedzy większość polskich przedsiębiorców stosuje przede wszystkim prawo krajowe jako właściwe dla swojej działalności. Nie ma istotnego rozeznania w obszarze prawa Unii Europejskiej. To oznacza, że w swoich działaniach zawsze bazują na zgodzie wymaganej przez art. 172 Prawa telekomunikacyjnego, a niekiedy na dwóch zgodach, jeżeli prawnik zasugeruje im bezpieczne podejście z uwagi na art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Praktyka funkcjonowania rynku wskazuje, że efektywność zbierania zgód jest istotnie niższa od formuły soft opt-in. Z przyczyn wskazanych powyżej klienci na wszelki wypadek wolą zaznaczać możliwie najmniej okienek – pomimo że mogliby być zainteresowani ofertą przedsiębiorcy.

W tym samym czasie zagraniczni przedsiębiorcy realizujący sprzedaż do polskich klientów powołują się na regulacje unijne i stosują w swojej działalności regułę soft opt-in. Budują w ten sposób znacznie większe bazy marketingowe i mają ułatwiony dostęp do polskich klientów, zyskując przewagę wobec polskich firm.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, tzn.:

- 1. korzyści dla przedsiębiorców i ich klientów z wdrożenia reguły soft opt-in,**
- 2. obowiązek prawny wdrożenia regulacji soft opt-in do polskiego porządku prawnego,**
- 3. dbanie o równe reguły konkurencji działania na rynku właściwym,**

uznajemy, że wdrożenie formuły soft opt-in w ramach art. 393 projektu PKE jest elementem kluczowym i niezbędnym w obecnym procesie legislacyjnym zarówno z perspektywy członków naszego Stowarzyszenia, jak również dla całego rynku.

Implementacja art. 13 ust. 2 Dyrektywy o e-prywatności powinna odbyć się poprzez dodanie w art. 393 projektu PKE dodatkowego ustępu o poniższej treści:

Niezależnie od przepisów ust. 1, w przypadku, gdy jakkolwiek podmiot otrzymuje od swojego klienta szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z tym klientem za pomocą poczty elektronicznej w kontekście sprzedaży produktu lub usługi oraz zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych, taki podmiot może względem takiego klienta używać automatycznych systemów wywołujących lub telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, w szczególności korzystając z usług komunikacji interpersonalnej, dla celów przesyłania informacji handlowej, w tym marketingu bezpośredniego, dotyczących własnych podobnych produktów lub usług, jeśli klient został jasno i wyraźnie poinformowany o możliwości sprzeciwienia się, w sposób wolny od opłat i prosty, takiemu wykorzystywaniu jego elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich zbierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, o ile początkowo nie sprzeciwił się takiemu wykorzystywaniu.

¹ m.in. sprawa Van Gend en Loos z 5 lutego 1963 r. przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Więcej o zasadzie bezpośredniego skutku prawa europejskiego można znaleźć na stronie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI14547>

b) Przedmiot regulacji art. 393 projektu PKE oraz definicja marketingu bezpośredniego

W naszym przekonaniu spośród dwóch zbliżonych znaczeniowo pojęć zastosowanych w aktualnej wersji projektowanego art. 393 projektu PKE pojęcie „przesyłania niezamówionej informacji handlowej” powinno zostać wykreślone. Nie widzimy żadnego uzasadnienia dla stosowania obu pojęć, tj. „przesyłania niezamówionej informacji handlowej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną” oraz „marketingu bezpośredniego”.

Będzie to prowadzić do kontynuowania niepotrzebnych wątpliwości odnośnie przedmiotu regulacji. Zachowanie wyłącznie pojęcia marketingu bezpośredniego, przy jego odpowiednim zdefiniowaniu, pozwoli na utrzymanie dotychczasowego poziomu ochrony jego odbiorców, a także zapewni spójność przepisów krajowych z przepisami unijnymi, które mają podlegać implementacji.

Art. 13 Dyrektywy o e-prywatności posługuje się bowiem pojęciem „marketing bezpośredni” i to ono powinno być wyznacznikiem dla treści przyszłego art. 393 PKE.

Jednocześnie pojęcie to jest bardziej zrozumiałe (w sposób chociażby intuicyjny) dla rynku oraz konsumenta. Z kolei pojęcie „informacji handlowej” może być odbierane przez rynek i konsumentów jako niezrozumiałe oraz nieostre, a także zbyt abstrakcyjne i anachroniczne.

Postulujemy, aby przyszły art. 393 PKE skupiał się na marketingu bezpośrednim jako przedmiocie regulacji, a nie na przesyłaniu niezamówionej informacji handlowej.

Jednocześnie należy podkreślić, że w polskim porządku prawnym brakuje definicji marketingu bezpośredniego. Projekt PKE przewiduje z kolei istotne sankcje wobec osób lub podmiotów, które naruszają regulacje art. 393 projektu PKE w celach właśnie marketingu bezpośredniego.

W doktrynie oraz w orzecznictwie nie ma jednolitego podejścia do tego, czym jest marketing bezpośredni. Wydaje się więc konieczne odpowiednie doprecyzowanie przepisów ustawy, aby nie budziło wątpliwości, za co dokładnie przedsiębiorcy mogą zostać ukarani.

Przedstawiamy zatem swoją propozycję definicji marketingu bezpośredniego, która powinna zostać włączona do art. 2 projektu PKE. Propozycja ta jest zbieżna z najbardziej aktualnym projektem rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylającego dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej). Zgodnie z aktualnym projektem ww. aktu prawnego:

‘direct marketing communication’ means any form of advertising, whether written or oral, sent via a publicly available electronic communications service directly to one or more specific end-users, including the placing of voice-to-voice calls, the use of automated calling and communication systems with or without human interaction, electronic message etc.

Stoimy na stanowisku, że powyższą propozycję można przyjąć jako podstawę dla definicji marketingu bezpośredniego w projekcie PKE. W języku polskim brzmiałaby ona w następujący sposób:

„marketing bezpośredni - jakakolwiek forma reklamy przekazywana w sposób bezpośredni, za pośrednictwem publicznie dostępnych środków komunikacji elektronicznej, do jednego lub większej liczby oznaczonych użytkowników końcowych, w tym nawiązywanie połączeń głosowych, używanie automatycznych systemów wywołujących, wiadomości elektroniczne itp.”

Oczywiście nasze Stowarzyszenie ma pełną świadomość, że prace nad rozporządzeniem o prywatności i łączności elektronicznej nadal trwają. Niemniej jednak zaproponowana w projekcie rozporządzenia definicja marketingu bezpośredniego jest już efektem wielu konsultacji, jest rozsądna i warta rozważenia jako potencjalny przyszły wariant prawa obowiązującego również w Polsce.

Z całą mocą podtrzymujemy również stanowisko, że komunikaty marketingu bezpośredniego muszą być odróżniane od komunikatów technicznych lub usługowych. W przeciwnym razie istnieje bardzo duże ryzyko, że w praktyce całkowicie zakazane zostałyby używanie środków komunikacji elektronicznej,

w tym połączeń telefonicznych, do celów jakiegokolwiek kontaktu z klientem, choćby nie miał on w ogóle charakteru marketingu bezpośredniego.

c) Zakres zastosowania regulacji art. 360 projektu PKE – B2C a B2B

Zgodnie z przepisami Dyrektywy o e-privacy oraz znanymi Stowarzyszeniu regulacjami krajowymi innych państw członkowskich UE przepisy zakazujące bezwzględnie prowadzenia marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz automatycznych systemów wywołujących (e-mail marketing, telemarketing) bez zgody odbiorcy (abonenta) powinny dotyczyć relacji pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami (B2C), nie zaś relacji pomiędzy podmiotami profesjonalnymi (B2B). Regulacje Dyrektywy o e-privacy (w szczególności art. 13 ust. 5) wskazują wprost, że ww. zakaz stosuje się do abonentów będących osobami fizycznymi dla poszanowania ich prywatności, a więc w zakresie niezwiązanym z prowadzoną przez nie działalnością gospodarczą lub aktywnościami zawodowymi/służbowymi.

Tymczasem według aktualnej treści art. 393 projektu PKE zakazane jest prowadzenie marketingu bezpośredniego przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych oraz automatycznych systemów wywołujących (e-mail marketing, telemarketing) bez zgody jakiegokolwiek odbiorcy (użytkownika końcowego, abonenta) – bez wyraźnego zastrzeżenia, że dotyczy to jedynie takich odbiorców, którzy są konsumentami (osobami fizycznymi w życiu prywatnym). Tym samym możliwość prowadzenia ww. działań marketingowych będzie w znacznym stopniu ograniczona w relacjach gospodarczych B2B (także w stosunku do osób prawnych jako adresatów) i to bez żadnego rzeczowego uzasadnienia.

Członkowie Stowarzyszenia oraz samo Stowarzyszenie mają pełną świadomość słuszności przepisów, których celem jest zapewnienie ochrony prywatności i danych osób fizycznych w ich życiu prywatnym. Trudno znaleźć jednak racjonalne uzasadnienie dla objęcia analogiczną ochroną przedsiębiorców (nie tylko osób fizycznych, ale i osób prawnych), których dane i tak są publicznie ujawniane w odpowiednich rejestrach albo są przez nich samodzielnie publikowane (np. na firmowych stronach internetowych, w katalogach branżowych itd.). Wprowadzenie takiej ochrony może bardzo negatywnie wpływać na rozwój obrotu gospodarczego i możliwość wzajemnej wymiany ofert pomiędzy przedsiębiorcami.

W praktycznym wymiarze regulacja nie uwzględniająca specyfiki rynku biznesowego, na którym do wymiany ofert dochodzi na podstawie wymiany wizytówek, spotkań biznesowych, konferencji, prywatnych znajomości, polecenia, rozmowy, czy zamówień publicznych, jest regulacją oderwaną od rzeczywistości. Wymaganie dla relacji biznesowych uzyskiwania zgody na każdorazowe przekazanie oferty spełniającej warunki RODO (por. art. 7 ust. 1-3 RODO) jest nieuzasadnione oraz potencjalnie szkodliwe.

Co warto podkreślić w tym kontekście, obecny przepis art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, który odnosi się częściowo do tego samego przedmiotu regulacji, wskazuje jasno, że ochronie przed niezamówioną informacją handlową podlega oznaczony odbiorca będący osobą fizyczną.

Również obecna treść art. 172 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego została wprowadzona na mocy przepisów ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o **prawach konsumenta** (art. 48 tej ustawy), a także ustawy nowelizującej ją z dniem 1 stycznia 2023 r. Nie wydaje się, by intencją ustawodawcy było zmienianie przepisów ustaw w taki sposób, aby miały chronić podmioty niebędące konsumentami.

Mając na uwadze wszystkie powyższe aspekty, sugerujemy, aby art. 393 projektu PKE adresował reguły komunikacji marketingu bezpośredniego do odbiorcy będącego konsumentem.

d) Konieczne zmiany w art. 441 oraz 442 ust. 5 PKE

W art. 441 oraz art. 442 ust. 5 projektu PKE konieczne jest wprowadzenie zmian pozwalających na rozsądne i proporcjonalne stosowanie sankcji administracyjnych za naruszenie art. 393 projektu PKE.

W obecnym brzmieniu ww. przepisy projektu PKE sformułowane są w sposób kategoryczny, tj. **zobowiązują** Prezesa UKE do nałożenia kary na podmiot, który dopuścił się naruszenia art. 393 PKE.

Takie kategoryczne brzmienie przepisu nie ma racjonalnego uzasadnienia. Prezes UKE powinien mieć **prawo**, a nie obowiązek nałożyć karę na podmiot naruszający art. 393 PKE. Powinien mieć również możliwość zastosowania szeregu innych narzędzi administracyjnych mających na celu doprowadzenie działalności podmiotu do zgodności z prawem. Wzorem może być w tym zakresie art. 58 ust.21 RODO, zgodnie z którym organ nadzorczy w zakresie ochrony danych osobowych może m.in.:

- udzielać upomnień w przypadku naruszenia przepisów RODO przez operacje przetwarzania realizowane przez konkretne podmioty;
- nakazać konkretnemu podmiotowi dostosowanie operacji przetwarzania do przepisów RODO, a w stosownych przypadkach wskazanie sposobu i terminu;
- wprowadzić czasowe lub całkowite ograniczenia przetwarzania, w tym zakaz przetwarzania;
- zastosować, oprócz lub zamiast środków, administracyjną karę pieniężną zależnie od okoliczności konkretnej sprawy.

Naruszenia art. 393 PKE, jakich mogą dopuścić się podmioty realizujące marketing bezpośredni, mogą mieć różny charakter i okoliczności. W znakomitej większości przypadków wystarczające dla przywrócenia stanu zgodnego z prawem może być np. upomnienie danego podmiotu albo nakazanie mu określonych działań.

Tymczasem zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu Prezes UKE nie ma wyboru w zakresie swoich działań nadzorczych – musi nałożyć karę pieniężną. Jest to rozwiązanie chybione i nieproporcjonalne do skali i charakteru naruszeń. Należy zwrócić bowiem uwagę na to, że jak dotąd Prezes UKE nałożył jedynie kilka kar na przedsiębiorców naruszających art. 172 Prawa telekomunikacyjnego, postępowanie ws. nałożenia kary jest bowiem skomplikowane. Wprowadzenie możliwości mniej skomplikowanych działań administracyjnych pozwoliłoby Prezesowi UKE na bardziej efektywne nadzorowanie rynku i egzekwowanie nowych przepisów.

Z powyższych względów w art. 442 ust. 5 projektu PKE powinna zostać wykreślona wzmianka o ust. 7, ponieważ przy nakładaniu ewentualnej kary Prezes UKE powinien brać pod uwagę również dotychczasową działalność karanego podmiotu.

3. Doświadczenie i dorobek Stowarzyszenia w pracach legislacyjnych oraz podnoszeniu jakości funkcjonowania branży marketingowej

Polskie Stowarzyszenie Marketingu SMB działa na polskim rynku od ponad 25 lat i jest najważniejszą organizacją non-profit w obszarze marketingu bezpośredniego. Działalność Stowarzyszenia wspiera rozwój tradycyjnych i nowoczesnych kanałów komunikacji bezpośredniej, promując strategię omnichannel jako najskuteczniejszej praktyki komunikacji z klientem. Założeniem tych działań jest, by wszystkie dostępne kanały komunikacji z klientem na każdym etapie współpracowały ze sobą w celu zapewnienia najwyższego poziomu *customer experience* i budowy trwałej relacji z klientem.

Misją Stowarzyszenia jest integracja i rozwój branży, edukacja oraz wspieranie firm stosujących najwyższe standardy działania. Stworzone przez Stowarzyszenie warunki ramowe sprzyjają innowacyjności i społecznej akceptacji marketingu bezpośredniego jako pożądanej formy komunikacji w życiu gospodarczym. Udział w pracach SMB daje możliwość współpracy i wymiany doświadczeń z liderami rynku i profesjonalistami z branży.

Stowarzyszenie współpracuje z ponad 170 partnerami. Znalazły się wśród nich między innymi firmy z branży takich jak: direct mail, drukarnie wielkoformatowe, kancelarie prawne, contact center, agencje marketingu bezpośredniego, full service, agencje shopper marketingowe, brokerzy baz danych, agencje email marketingowe, domy mediowe, a także z branży finansowej, telekomunikacyjnej, energetycznej, technologicznej, IT, konsultingowej, badawczej, szkoleniowej oraz uczelnie wyższe, związki branżowe i media oraz regulatorzy rynku. Wśród członków Stowarzyszenia oraz podmiotów współpracujących ze Stowarzyszeniem znajdują się podmioty występujące na co dzień zarówno jako administratorzy danych, jak i jako podmioty przetwarzające.

W styczniu 2008 roku podpisaliśmy z ówczesnym Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych [Kodeks Dobrych Praktyk w obszarze przetwarzania danych osobowych w marketingu bezpośrednim](#).

Polskie Stowarzyszenie Marketingu SMB jest od wielu lat organizatorem konkursów i konferencji, wyznaczających standardy w branży marketingu bezpośredniego. Najważniejszymi wydarzeniami są: [Forum Marketingu Zintegrowanego](#) oraz konkursy: [Golden Arrow](#) i [Polish Contact Center Awards \(PCCA\)](#) (dawniej [Złota Słuchawka](#) oraz [Telemarketer Roku](#)).

Działalność edukacyjna Polskiego Stowarzyszenia Marketingu SMB skierowana jest do wszystkich uczestników rynku marketingu bezpośredniego. Organizacja prowadzi szkolenia oraz badania rynkowe wraz z Kantar Millward Brown ([Polskie Badania Marketingu Zintegrowanego](#) – przedstawiające skuteczność kanałów marketingu bezpośredniego i ich postrzeganie przez konsumentów), a także Program Studium Menedżer Contact Center, który powstał przy ścisłej współpracy Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego oraz Polskiego Stowarzyszenia Marketingu SMB.

Obecnie przy Stowarzyszeniu działa kilka wyspecjalizowanych rad: Rada ds. Rynku Direct Mail, Rada ds. Rynku Contact Center, Rada ds. Prawa i Compliance.

Polskie Stowarzyszenie Marketingu SMB jest członkiem [FEDMA – Federation of European Data & Marketing](#), dzięki czemu aktywnie opiniuje projekty aktów prawnych dotyczących rynku komunikacji marketingowej na poziomie ustawodawstwa polskiego i europejskiego oraz dba o przestrzeganie norm etycznych zebranych m.in. w [Kodeksie Etycznym SMB](#).

Stowarzyszenie przedstawiało już swoje uwagi m.in. do projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej procedowanego w Ministerstwie Cyfryzacji w latach 2020-2023, a także przedstawiało Ministerstwu swoje uwagi do projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylającego dyrektywę 2002/58/WE (rozporządzenie w sprawie prywatności i łączności elektronicznej).

Stowarzyszenie już w 2022 r. brało także czynny udział w dyskusjach branżowych odnośnie planowanego modelu wdrożenia DSA w Polsce (<https://akademia.beck.pl/1142-konferencja-akt-o-uslugach-cyfrowych-a-regulator-internetu-w-polsce>).

W świetle powyższego nie ulega zatem wątpliwości, że Polskie Stowarzyszenie Marketingu SMB jest reprezentatywnym przedstawicielem branży, a także potrafi jasno określić warte wdrożenia rozwiązania legislacyjne.

Z poważaniem



Magdalena Brzeska
Prezeska Zarządu