



Warszawa, dnia 19 września 2017 r.

RZECZPOSPOLITA POLSKA

MINISTER CYFRYZACJI

Anna Streżyńska

BM-WOP.072.117.2017

**Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu RP**

Dot. pisma z dnia 28 sierpnia 2017 r. Pośła na Sejm RP Pana Grzegorza Furgo w sprawie regulacji zasad przechowywania nagrań telefonicznych rozmów sprzedażowych (interpelacja nr 14892)

Szanowny Panie Marszałku,

regulacje przewidziane w ustawie Prawo telekomunikacyjne¹, dalej „Pt”, dotyczące nałożenia na dostawcę usług obowiązku utrwalenia oświadczenia abonenta złożonego w trakcie zmiany warunków umowy za pomocą środków porozumiewania się na odległość, przechowywania tegoż oświadczenia do końca obowiązywania umowy na zmienionych warunkach oraz udostępniania jego treści abonentowi na jego żądanie, nie są implementacją europejskich przepisów, a stanowią raczej pozytywnie oceniane rozwiązanie sektorowe wprowadzone już w 2009 r.

Zastosowanie trybu określonego w ustawie Prawo telekomunikacyjne² prowadzi do związania stron warunkami uzgodnionymi w trybie "zmiany warunków umowy" z inicjatywy abonenta, a nie warunkami określonymi w pierwotnie zawartej umowie. Należy podkreślić, że nie wszystkie warunki umowy mogą być w ten sposób zmienione, a jedynie niektóre przewidziane w Pt³. Dodatkowo, komunikacja w sprawie zmiany warunków może być prowadzona za pomocą środka porozumiewania się na odległość m.in. poprzez adres poczty elektronicznej, za pomocą telefonu lub faksu. Wyliczenie środków komunikowania w ust. 6 Pt ma charakter przykładowy. Za środki porozumiewania się na odległość należy uznać wszelkie sposoby przekazywania informacji drogą elektroniczną. Można do tego wykorzystać komunikację poprzez stronę internetową biura obsługi abonentów dostawcy usług (tzw. i-bao), komunikację za pomocą wiadomości SMS lub MMS. Ze względu na różne warianty wykorzystania tych środków i konieczność przygotowania obydwu stron do komunikowania

¹ art. 56 ust. 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1489, z późn. zm.)

² art. 56 ust. 6 Pt

³ art. 56 ust. 3 pkt 2 i 4-7 Pt

w określony sposób, dostawca usług powinien proponować określone środki, spośród których abonent może wybrać preferowany środek porozumiewania się. Jak widać cytowany przepis nie ogranicza się jedynie do zapisu nagrania z przeprowadzonej rozmowy. Utrwalenie oświadczenia następuje w zależności od sposobu złożenia go przez abonenta, tj. poprzez zarejestrowanie treści rozmowy, utrwalenie treści wiadomości SMS, treści wiadomości przekazanej pocztą elektroniczną, zarchiwizowanie wiadomości telefaksowej lub treści informacji przekazanej w inny sposób.

Należy podkreślić, że abonent⁴ wskazany w Pt⁵ może być zarówno konsumentem, jak i przedsiębiorcą. Jeszcze przed wprowadzeniem ustawy o prawach konsumenta⁶, dalej „u.p.k.”, w stosunku do abonentów będących konsumentami zastosowanie miała ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny⁷, która nie tylko nie przewidywała przepisów dotyczących nagrywania rozmów sprzedażowych, ale nawet nie wymagała potwierdzenia warunków umowy zawartej przez telefon. Przepisy Pt w okresie 2009 - 2014 były wówczas bardzo innowacyjne i chroniły nie tylko konsumentów, ale i przedsiębiorców rynku telekomunikacyjnego. Także obecna regulacja nie wyłącza przedsiębiorców z grona podmiotów, które mają prawo odstąpienia od zmiany warunków zgodnie z Pt⁸, choć nie ma żadnych innych polskich, czy unijnych przepisów, które nakładałyby taki obowiązek w relacji B2B. W ramach nowelizacji Pt, nad którą obecnie pracuje Ministerstwo Cyfryzacji zostaną utrzymane powyższe przepisy ze szczególnym rozgraniczeniem, że gdy chodzi o abonenta/konsumenta to mamy do czynienia wprost z przepisami u.p.k. chyba, że Pt stanowi inaczej, a w każdym wypadku, w którym mowa o abonencie/przedsiębiorcy - należy stosować w tym zakresie przepisy Pt.

Obecnie, każda zmiana warunków dokonana za pomocą środków porozumiewania się na odległość, w tym dotycząca usług telekomunikacyjnych, adekwatnie do u.p.k. musi być przez dostawcę potwierdzona z wykorzystaniem trwałego nośnika⁹. Przepisy u.p.k. stanowią natomiast transpozycję do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2011/83, dalej „Dyrektywa”. To właśnie ta ustawa określa prawa przysługujące konsumentowi, obowiązki przedsiębiorcy zawierającego umowę z konsumentem m.in. informacyjne, a także zasady i

⁴ art. 2 pkt 1 Pt stanowi, że abonentem jest podmiot, który jest stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

⁵ art. 56 ust. 6

⁶ ustawa z dnia 30 maja 2014 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 683)

⁷ ustawa z dnia 2 marca 2000 r. (Dz. U. Nr 22, poz. 271)

⁸ w trybie art. 56 ust. 6 Pt

⁹ art. 2 pkt 4 u.p.k. stanowi, że trwały nośnik to materiał lub narzędzie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych osobiście do niego, w sposób umożliwiający dostęp do informacji w przyszłości przez czas odpowiedni do celów, w jakim te informacje służą i które pozwalają na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej treści.

tryb zawierania z konsumentem umowy na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa. Z u.p.k.¹⁰ wynika, że jeżeli przedsiębiorca proponuje konsumentowi zawarcie umowy przez telefon ma obowiązek potwierdzić treść proponowanej umowy w postaci papierowej lub innym trwałym nośniku, a następnie na podstawie u.p.k.¹¹ - przekazać konsumentowi potwierdzenie zawarcia umowy na odległość na trwałym nośniku w rozsądnym czasie po jej zawarciu, najpóźniej w chwili dostarczenia rzeczy lub przed rozpoczęciem świadczenia usługi.

W motywach Dyrektywy wskazano, że przedsiębiorca powinien udzielić konsumentowi jasnych i wyczerpujących informacji zanim konsument zostanie związany umową zawieraną na odległość lub umową zawieraną poza lokalem przedsiębiorstwa, umową inną niż umowa zawierana na odległość lub umowa zawierana poza lokalem przedsiębiorstwa lub jakąkolwiek ofertą w tym zakresie. Udzielając takich informacji, przedsiębiorca powinien uwzględniać potrzeby szczególnie wrażliwych konsumentów, z uwagi na ich niepełnosprawność umysłową, fizyczną lub psychiczną, wiek lub łatwowierność, w sposób, który powinien być racjonalnie przewidzieć. Uwzględnienie tego rodzaju szczególnych potrzeb nie powinno jednak prowadzić do różnicowania poziomów ochrony konsumentów.

Rozpatrując konieczność nałożenia na sprzedawców nowego obowiązku w postaci konieczności nagrywania, przechowywania oraz udostępniania wszystkich nagrań sprzedażowych należy zweryfikować, czy wprowadzenie takiego wymogu rzeczywiście przysłuży się konsumentom, czy będzie jedynie martwym przepisem. Obecna praktyka pokazuje, że sądy nie są przychylne do uznania wprowadzenia w błąd¹² nawet w sytuacji posiadania przez abonenta nagrania z przeprowadzonej rozmowy, w której występuje rozbieżność pomiędzy obiecywanymi warunkami, a tymi zamieszczonymi w umowie. Bowiem w przypadku wprowadzenia w błąd ciężar dowodu spoczywa na konsumentce. Musi on udowodnić nie tylko to, że został wprowadzony w błąd, ale także, że nie mógł temu zapobiec, i nie nastąpiło to z jego winy. Z uzasadnień wyroków wynika, że w przypadku, w którym konsument rezygnuje z prawa i obowiązku do zapoznania się z umową, a w przypadku regulacji u.p.k. otrzymuje on dwukrotną możliwość zweryfikowania warunków na etapie propozycji i potwierdzenia warunków umowy, przeciętnemu konsumentowi nie należy się dodatkowa ochrona.

Mając na uwadze, że u.p.k w sposób kompleksowy reguluje stosunki pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem, to wydaje się, że to właśnie w przepisach tej ustawy należałoby uregulować obowiązek przechowywania i udostępniania konsumentowi nagrania z przeprowadzonej rozmowy telefonicznej. Należy jednak skonsultować powyższe

¹⁰ art. 20 u.p.k.

¹¹ art. 21 u.p.k.

¹² art. 84 ustawy z dnia 17 listopada 1964 Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U.2016.1822 -j.t.)

rozważania z organami, które są właściwe w zakresie u.p.k., tj. m.in. Ministrem Sprawiedliwości oraz Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z wyrazami szacunku,

Anna Streżyńska
Minister Cyfryzacji
/podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów