

Piotr Kantorowski¹

WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa

ORCID ID: 0000-0001-7259-6921

INFORMACJA HANDLOWA I MARKETING BEZPOŚREDNI BEZ UPRZEDNIEJ WYRAŻNEJ ZGODY – WYBRANE ZAGADNIENIA

ABSTRACT

Commercial information and direct marketing without prior and explicit consent – selected issues

The aim of the article is to examine legal regulations in the context of answering the question whether – and if so, then under which circumstances – marketing activities performed via means of electronic communication are legal when the party conducting these activities does not have the prior and explicit consent to perform them. In particular, the article will analyze the provisions of Article 10 of the Act on provision of services by electronic means² and Article 172 of the Act – telecommunication law³, which are the key legislative provisions to

- 1 Ukończył seminarium doktoranckie w Katedrze Prawa Gospodarczego WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej, radca prawny, założyciel i współnik w Kancelarii Prawnej Kantorowski, Głęb i Wspólnicy spółka komandytowa w Rzeszowie.
- 2 I.e. „Polish Journal of Laws” from 2020, item 344.
- 3 I.e. „Polish Journal of Laws” from 2021, item 576.

resolve this issue. To answer the question posed in the article, the subject and object scopes of both legal norms in particular will be compared. Such a comparison is necessary to determine whether – and if so, then what kind of – marketing communication can be made without prior and explicit consent. On the other hand, the author will not discuss more broadly the issues concerning the processing of personal data, although he will draw attention to the conditions that must occur in order for the personal data held by the controller to be used for the purposes identified above.

Keywords: commercial information, direct marketing, personal data, natural person, telecommunications terminal equipment, automatic calling systems

Słowa kluczowe: informacja handlowa, marketing bezpośredni, dane osobowe, osoba fizyczna, telekomunikacyjne urządzenie końcowe, automatyczne systemy wywoływania

Jeśli chodzi o prowadzenie legalnych działań sprzedażowych czy też marketingowych z użyciem środków komunikacji elektronicznej, przede wszystkim niezbędne jest, aby dane osobowe, które są do tego wykorzystane, były przetwarzane zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)⁴. Istotne jest, że dane osobowe pozyskane legalnie przez administratora mogą być następnie, po spełnieniu obowiązków informacyjnych, wykorzystywane w ramach prawnie uzasadnionego interesu administratora w celu marketingu usług własnych (art. 6 ust. 1 lit. f ogólnego rozporządzenia o ochronie danych). Sprawa jednak komplikuje się znacząco, jeśli weźmiemy pod uwagę dwie dodatkowe regulacje – ustawę z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz ustawę z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. Dokonując analizy tychże, łatwo zauważyć, że odpowiednie przesyłanie informacji handlowej przy

⁴ T.j. Dz.U.U.E.L.2016.119.1.

wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej jest w określonych przypadkach uzależnione od uzyskania uprzedniej zgody. To samo dotyczy marketingu bezpośredniego z wykorzystaniem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywoływania. W związku z powyższym istotne jest to, czy w zakresie szeroko pojętej komunikacji elektronicznej w ogóle jest prawnie dopuszczalne wykorzystanie bazy danych klientów pozyskanych w ramach uprzednich transakcji do jakiegokolwiek komunikacji elektronicznej związanej z szeroko pojętymi celami marketingowymi, jeśli równolegle nie zostały pozyskane wspomniane powyżej zgody marketingowe. Celem tego artykułu jest analiza regulacji prawnych w kontekście poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy – a jeśli tak, to w jakich sytuacjach – legalne będą działania marketingowe wykonywane przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, gdy podmiot prowadzący te działania nie ma uprzedniej wyraźnej zgody na ich podjęcie. Odpowiedzi tej będziemy poszukiwać – dla bardziej klarownego przedstawienia zagadnienia – przy założeniu, że dane, które do tej komunikacji będą wykorzystywane, będą przetwarzane zgodnie z prawem.

Wskazane regulacje stanowią implementację dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)⁵ oraz dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)⁶. Z perspektywy tego artykułu istotne jest, że w pierwszej z nich pojawia się definicja pojęcia informacji handlowej. Jest to każda forma informacji przeznaczona do promowania, bezpośrednio lub pośrednio, towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby prowadzącej działalność handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonującą zawód regulowany. Dyrektywa wyłącza jednak także z zakresu tego pojęcia pewne informacje, a mianowicie:

⁵ T.j. Dz.U.U.E.L.2000.178.1.

⁶ T.j. Dz.U.U.E.L.2002.201.37.

- 1) informacje umożliwiające bezpośredni dostęp do działalności przedsiębiorstwa organizacji lub osoby, w szczególności nazwę domeny lub adres poczty elektronicznej,
- 2) informacje odnoszące się do towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby, opracowywane w sposób niezależny, w szczególności jeżeli są one udzielane bez wzajemnych świadczeń finansowych.

Dalej w art. 7 dyrektywa wyjaśnia, iż poza innymi wymaganiami przewidzianymi przez prawo wspólnotowe państwa członkowskie, które dopuszczają niezamówione informacje handlowe przesyłane pocztą elektroniczną, zapewniają, żeby informacje handlowe przesyłane przez usługodawcę mającego siedzibę na ich terytorium były wyraźnie i jednoznacznie rozpoznawalne jako takie w momencie ich otrzymania przez odbiorcę. Ponadto wskazane zostaje, że bez uszczerbku dla dyrektywy 97/7/WE oraz dyrektywy 97/66/WE państwa członkowskie podejmują środki w celu zagwarantowania, żeby usługodawcy przesyłający pocztą elektroniczną niezamówione informacje handlowe regularnie sprawdzali i stosowali się do rejestrów wyłączeń, gdzie osoby fizyczne, które nie chcą otrzymywać tego typu informacji, mogą się wpisać. Co istotne, w Polsce rzeczony rejestr nie powstał, a więc w tym zakresie dyrektywa nie została transponowana w polskim ustawodawstwie. Jak wynika natomiast z drugiej z dyrektyw, używanie automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę. Dalej wskazane zostaje, że państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki w celu zapewnienia, aby niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, w przypadkach innych niż określone powyżej, nie były dozwolone bez zgody abonentów lub użytkowników bądź w odniesieniu do abonentów lub użytkowników, którzy nie życzą sobie otrzymywania tego typu komunikatów, przy czym wybór między tymi opcjami zostaje ustalony przez przepisy krajowe, z uwzględnieniem faktu, że obie te opcje muszą być dla abonenta lub użytkownika bezpłatne. Co jednak istotne, dyrektywa stanowi także, iż w każdym przypadku zakazana jest praktyka wysyłania poczty elektronicznej do

celów marketingu bezpośredniego ukrywającej czy zatajającej tożsamość nadawcy, w którego imieniu nadawany jest komunikat, lub naruszającej art. 6 dyrektywy 2000/31/WE oraz bez ważnego adresu, na który odbiorca może wysłać żądanie zaprzestania takich komunikatów, lub zachęcającej odbiorców do odwiedzenia stron internetowych, które naruszają ten artykuł dyrektywy 2000/31/WE. Ważne jest jednak, że zasady te stosuje się do abonentów będących osobami fizycznymi. Państwa członkowskie zapewniają również, aby – w ramach prawa wspólnotowego oraz mających zastosowanie przepisów krajowych – uzasadnione interesy abonentów innych niż osoby fizyczne były wystarczająco chronione w związku z uciążliwymi komunikatami. Ponadto 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 osób, które początkowo nie sprzeciwiły się takiemu wykorzystywaniu.

Nie można jednak zapominać, że każdorazowo treść rzeczonych dyrektyw została wdrożona do polskiego ustawodawstwa, a więc w obrocie istotne jest finalne brzmienie zaimplementowanych przepisów. Jak wynika natomiast z art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na jej otrzymywanie, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny. Druga z ustaw wprowadza natomiast regułę, zgodnie z którą 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. Przepis ten nie narusza jednak zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej wynikających z odrębnych ustaw.

Po tym wprowadzeniu trzeba wrócić do kwestii kluczowych dla tego artykułu i dokonać analizy tych regulacji w kontekście tego, czy – a jeśli tak, to w jakim zakresie – pozwalają one wykorzystać dane osobowe dotychczasowych klientów w celach handlowych przy zastosowaniu środków komunikacji elektronicznej, jeśli podmiot stosujący komunikację marketingową nie ma wspomnianych zgód z obu rzeczonych ustaw. Analizując treść ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, trzeba zacząć od tego, że dotyczy ona przesyłania informacji handlowej środkami komunikacji elektronicznej. Zgodnie z definicją ustawową za te ostatnie należy uznać rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że aby można było mówić o środkach komunikacji elektronicznej, musi zostać zastosowane rozwiązanie techniczne pozwalające na indywidualne porozumiewanie się na odległość i wykorzystujące transmisję danych między systemami teleinformatycznymi. Co istotne, rozwiązanie techniczne nie zostaje w ustawie zdefiniowane, co wydaje się być odpowiedzią na dynamicznie rozwijający się rynek technologiczny, a co za tym idzie bardziej celowe odwołanie się w tym zakresie do aktualnego stanu techniki. Ma ono jednak umożliwiać indywidualną komunikację na odległość między systemami teleinformatycznymi. Te ostatnie to z kolei zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁷.

⁷ D. Lubasz, W. Chomiczewski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, [w:] *Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2011, art. 2.

Poszukując więc swoistego „łącznika” między obiema regulacjami, trzeba wskazać, że punktem styku między ograniczeniem z art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną a tym z art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne będzie w szczególności fakt, że wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej musi być każdorazowo związane z użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Zgodnie z ust. 2 drugiego z wyżej wymienionych przepisów regulacja prawa telekomunikacyjnego nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej wynikających z odrębnych ustaw. Skoro wiemy, że środki komunikacji elektronicznej każdorazowo będą wykorzystywane przy swym działaniu telekomunikacyjne urządzenia końcowe, to przede wszystkim trzeba udzielić odpowiedzi, czy do zaistnienia zakazu z prawa telekomunikacyjnego wystarczające jest ich użycie, czy też konieczne jest także (jednoczesne) wykorzystanie automatycznych systemów wywoływania. Następnie trzeba określić relacje terminów informacja handlowa i marketing bezpośredni, a finalnie także ustalić, jak w świetle powyższego ma się zakres podmiotowy obu przepisów. Te właśnie kwestie będą przedmiotem dalszych rozważań, gdyż dopiero po przeprowadzeniu tej analizy możliwe będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy – a jeśli tak, to w jakich sytuacjach – legalne będą działania marketingowe wykonywane przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, gdy podmiot prowadzący te działania nie ma uprzedniej wyraźnej zgody na ich prowadzenie.

Skoro punktem styku obu regulacji jest telekomunikacyjne urządzenie końcowe, warto poświęcić mu więcej miejsca, aby precyzyjnie wyjaśnić, co mieści się w zakresie tego pojęcia. W tym kontekście trzeba przede wszystkim wskazać, że telekomunikacyjne urządzenie końcowe ma legalną definicję, która stanowi, że jest to urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że telekomunikacyjne urządzenie końcowe to produkt (rzecz) umożliwiający komunikowanie się (lub odpowiednia jego część składowa), który przeznaczony jest do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do interfejsów publicznej sieci telekomunikacyjnej (tzn. sieci telekomunikacyjnej przeznaczonej do świadczenia usług telekomunikacyjnych)⁸. Podkreśla się

⁸ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2015, art. 2.

także, iż zakończenie sieci (gniazdo, adres sieciowy) nie jest pojęciem tożsamym z urządzeniem końcowym (telefonem), co z kolei oznacza, że możliwość przemieszczania urządzenia końcowego jest irrelevantna dla oceny stałej lokalizacji zakończenia sieci, którym – co należy jeszcze raz podkreślić – jest miejsce, gdzie sieć telekomunikacyjna łączy się z telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym abonenta. Ponadto należy zauważyć, że telekomunikacyjne urządzenie końcowe może być podłączone do zakończenia sieci bezpośrednio (kabel) lub pośrednio, co jednak nie wpływa na ocenę charakteru danej sieci (jej stacjonarności)⁹. Wskazuje się także, że urządzenie końcowe jest zatem urządzeniem elektrycznym lub elektronicznym przeznaczonym do zapewniania telekomunikacji. Urządzenie końcowe służy przede wszystkim do nadawania i odbioru informacji, nie może natomiast służyć do transmisji, czyli przenoszenia informacji na odległość, która jest jedną z podstawowych funkcji urządzeń telekomunikacyjnych. Urządzenia końcowe mogą, poza nadawaniem i odbiorem, także przetwarzać informacje. Nie ma ograniczeń co do rodzaju informacji, które mogą być nadawane, odbierane i przetwarzane za pomocą urządzeń końcowych (znaki, sygnały, pismo, obrazy, dźwięki). Urządzenie końcowe tym się wyróżnia wśród urządzeń telekomunikacyjnych, że musi być przyłączone do zakończenia sieci telekomunikacyjnej. Dopuszczalne są wszelkie stosowane w telekomunikacji sposoby połączenia urządzenia końcowego z siecią (przewodowe, radiowe, optyczne), stąd też urządzenia końcowe mogą być urządzeniami stacjonarnymi lub ruchomymi (przewoźnymi, przenośnymi). Ruchomy lub stacjonarny charakter urządzeń końcowych jest z reguły wynikiem przewodowego lub radiowego charakteru całej sieci, ale występuje tu wiele rozwiązań szczególnych (np. stacjonarne urządzenia końcowe w sieciach radiokomunikacyjnych oraz ruchome urządzenia końcowe w sieciach stacjonarnych). Jednym z kryteriów oceny urządzenia w świetle ustawy jest jego funkcja ustalona przez wytwórcę¹⁰. Wskazuje się także, iż postęp techniczny powoduje, że jedno urządzenie może pełnić coraz więcej funkcji w wysyłaniu, odbiorze i przetwarzaniu informacji dzięki dodawaniu kolejnych modułów i rodzajów oprogramowania.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2019, art. 2.

Urządzeniem końcowym jest niewątpliwie całe urządzenie przyłączone do sieci. Może to prowadzić do wątpliwości, jeśli chodzi o urządzenia wielofunkcyjne, w których tylko niektóre podzespoły uczestniczą w łączności (np. komputer, telewizor typu smart, konsola do gier, urządzenia internetu rzeczy). Dlatego należy zaznaczyć, że urządzenie końcowe sensu stricto to ta część urządzenia, która jest przeznaczona do współpracy z siecią. Urządzeniem końcowym może być zatem nie całe urządzenie techniczne, lecz jego znaczący element (podzespół). Innymi słowy, telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym będzie w szczególności telefon, w tym smartfon, komputer, tablet, jak również smart speaker czy inne urządzenia należące do internetu rzeczy¹¹.

Aby jednak odczytać treść zakazu określonego w art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, należy także wyjaśnić treść drugiego z użytych tam pojęć technicznych, a to automatyczne systemy wywoływania. Już w tym miejscu warto podkreślić, że tym razem nie wykorzystamy do tego definicji legalnej, gdyż takiej brak. Wskazuje się jednak, iż będzie to każdy system techniczny służący do przekazywania komunikatów indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka. Cecha automatyczności jest związana z inicjowaniem i realizowaniem przekazu za pomocą odpowiednio zaprogramowanych urządzeń przyłączonych do sieci telekomunikacyjnej. Po stronie użytkownika wywołującego występuje jedynie nadanie komunikatu, a po stronie użytkownika wywołwanego wyłącznie odbiór. Po stronie nadawcy brak jest bezpośredniego udziału człowieka w procesie komunikowania, choć niewątpliwie proces komunikowania jest przez niego programowany. Artykuł 172 ust. 1 dotyczy wszelkich automatycznych systemów wywołujących, nie tylko systemów głosowych, faksowych i poczty elektronicznej. Przepis ten ma również zastosowanie do systemów generujących komunikaty SMS, MMS, komunikatorów internetowych i innych form komunikowania drogą telekomunikacyjną za pomocą głosu, tekstów, obrazów itp. W literaturze znajduje wyraz trudność w rozgraniczeniu automatycznego systemu wywołującego oraz środka łączności elektronicznej służącego do realizacji wywołania, z której wyprowadza się pogląd, że automatyczne systemy wywołujące dotyczą wyłącznie systemów głosowych. Wydaje

¹¹ *Ibidem*, art. 172.

się, że automatyczne systemy wywołujące są kategorią ujętą w sposób neutralny technologicznie i mogą współdziałać z każdym środkiem łączności elektronicznej, w tym ze środkami głosowymi, faksowymi oraz opartymi na poczcie elektronicznej lub transmisji danych (SMS, MMS). Celem wymogu uzyskiwania zgody w tym przypadku jest ograniczenie zalewu abonenta komunikatami generowanymi automatycznie, bez bezpośredniego udziału człowieka, a dostarczanych za pomocą różnych środków łączności elektronicznej. Przedstawioną powyżej tezę wspiera także uzasadnienie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 11 września 2014 r.¹², z którego wynika, że pojęcie automatycznego systemu wywołującego obejmuje m.in. system SMS, MMS, poczty elektronicznej i inne rodzaje podobnych aplikacji. Definicji automatycznego systemu wywołującego nie można ograniczyć do systemu głosowego. Systemy te obejmują odpowiednio zaprogramowane urządzenia przyłączone do sieci. Sąd podzielił stanowisko, że automatycznym systemem wywołującym jest system techniczny, który umożliwia inicjowanie i realizowanie połączeń bez ludzkiej ingerencji¹³. Opowiadając się za przytoczonym powyżej poglądem, należy wskazać, że także automatyczne systemy wywoływania mogą mieć zastosowanie do wszelkich środków komunikacji elektronicznej. Nie wydaje się zasadne przyjęcie, że termin ten należałoby ograniczyć wyłącznie do systemów głosowych, także z tego powodu, iż w żadnej mierze użyty przez ustawodawcę termin na powyższe nie wskazuje. W szczególności sformułowania „wywoływanie” nie można interpretować w ten sposób, aby implikował on konieczność przyjęcia, że chodzi tu o systemy głosowe. Co jednak istotne, cechą automatycznych systemów wywoływania będzie w szczególności to, że komunikat nadawcy będzie jedynie – niejako – konfigurowany przez człowieka, jednak jego przekazywanie będzie już zautomatyzowane.

Skoro wyjaśnione zostały już użyte w tym przepisie techniczne aspekty wprowadzonych ograniczeń, należy odpowiedzieć na pytanie, czy zakaz z ustawy – Prawo telekomunikacyjne będzie miał zastosowanie

12 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 11 września 2014 r., XVII AmT 41/12.

13 S. Piątek, *op. cit.*, art. 172 oraz cytowane tam: P. Litwiński, *Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni*, MoP 2015, nr 8, s. 400.

každorazowo, gdy do marketingu bezpośredniego wykorzystane zostaną telekomunikacyjne urządzenia końcowe, czy tylko wówczas, gdy dodatkowo dojdzie do wykorzystania automatycznych systemów wywoływania. Nie budzi bowiem wątpliwości, że w przypadku środków komunikacji na odległość te pierwsze będą wykorzystane każdorazowo, jednak w przypadku tych ostatnich nie ma już takiej konieczności. Wydaje się więc, że byłoby zbyt cenne wprowadzenie do przepisu dodatkowo automatycznych systemów wywoływania, jeśli każdorazowo już samo wykorzystanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych eliminowałoby możliwość prowadzenia marketingu bezpośredniego bez stosownej zgody. Już na wstępie warto podkreślić, że kwestia ta jest w literaturze sporna. Wskazuje się bowiem między innymi, że pomimo zmiany treści przepisu art. 172 ust. 1 – Prawa telekomunikacyjnego na podstawie art. 48 pkt 1 ustawy o prawach konsumentów hipoteza oraz dyspozycja normy określonej w tym przepisie, a co za tym idzie krąg adresatów tej normy, ich obowiązki i uprawnienia nie uległy zmianie w porównaniu z treścią przepisu obowiązującego przed 25 grudnia 2014 r. Uwzględniając natomiast fakt, że nowelizacja ta wprowadziła do treści przepisu termin „telekomunikacyjne urządzenia końcowe”, można by postawić tezę, że wynika z tego, iż zakaz ten będzie miał zastosowanie tylko wówczas, gdy dojdzie do ich użycia przy jednoczesnym wykorzystaniu automatycznych systemów wywoływania. Podkreśla się jednak, że z wykładni literalnej art. 172 ust. 1 – Prawo telekomunikacyjne wynika, że zgoda abonenta (lub użytkownika końcowego) będzie wymagana w przypadku używania jednocześnie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących¹⁴. *A contrario* zatem, choć w pierwotnym brzmieniu art. 172 ust. 1 pr.tel., a więc obowiązującym do 25 grudnia 2015 r., używanie automatycznych systemów wywołujących wymagało uzyskania zgody, to począwszy od wejścia w życie znowelizowanego brzmienia art. 172 ust. 1 pr.tel. – przy zastosowaniu wykładni literalnej – obowiązek uzyskania zgody obejmuje nadal – realnie – automatyczne systemy wywołujące dla celów marketingu bezpośredniego¹⁵. Ta liberalna wykładnia prowadziła do konkluzji, że

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. Krasuski, *op. cit.*, art. 172.

wprowadzenie do regulacji art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne pojęcia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych było swoistym *superfluum*, ewentualnie celem tego zabiegu mogło być wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych, których wydaje się, że jednak przepis ten uprzednio nie stwarzał w tym zakresie. Inny z komentatorów wskazuje natomiast, że zakaz wykorzystania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych bez zgody abonenta lub użytkownika końcowego dotyczy wykorzystania tych urządzeń po stronie nadawcy komunikatów marketingowych. Oznacza to, że podmiot korzystający z takiego urządzenia w celu przekazania treści marketingowych musi uzyskać uprzednią zgodę tych podmiotów. Jeżeli zaś telekomunikacyjne urządzenie końcowe współpracuje z automatycznym systemem wywołującym odbiorcę przekazów, konieczne jest uzyskanie zgody w obydwu tych sprawach¹⁶. Z powyższego wynika więc, że zdaniem komentatora konieczne jest uzyskanie zgody abonenta lub użytkownika końcowego także w przypadku używania już tylko telekomunikacyjnego urządzenia końcowego bez jednoczesnego wykorzystania systemów automatycznego wywoływania.

W ocenie autora niniejszego artykułu, analizując tę kwestię, należy zacząć od tego, że obecne brzmienie przepisu jest wynikiem jego nowelizacji związanej w szczególności z dodaniem do uprzednio już w nim ujętych automatycznych systemów wywoływania także pojęcia telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Powyższe w pierwszej chwili skłaniałoby do tezy, że celem ustawodawcy było rozszerzenie zakresu zakazu stosowania marketingu bezpośredniego bez uprzedniej zgody na wszystkie przypadki wykorzystania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Z drugiej jednak strony trzeba zauważyć, że w przepisie użyty został spójnik i, co nakazywałoby jednak przyjęcie, że oba opisane w nim zdarzenia muszą zaistnieć jednocześnie, aby spełniły się ujęte w przepisie przesłanki zaistnienia wprowadzonego nim zakazu. Innymi słowy, użycie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych musiałyby mieć miejsce przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywoływania, w treści przepisu mamy bowiem do czynienia z koniunkcją, a co za tym idzie językowa wykładnia prowadzi nieuchronnie do wniosku odmiennego niż powyżej przedstawione argumenty związane z historyczną

¹⁶ S. Piątek, *op. cit.*, art. 172.

genezą normy prawnej. W kontekście tej ostatniej warto także zwrócić uwagę, że próżno szukać w uzasadnieniu projektu nowelizacji celu rzeczowej zmiany, gdyż nie został on w żadnej mierze wskazany.

Przepis ten stanowi implementację dyrektywy, więc przed ostateczną odpowiedzią na rzezone pytanie warto prześledzić jej treść. Niewątpliwie nie pozostaje ona bowiem bez znaczenia dla wykładni zawartej w nim normy prawnej. Dyrektywa 2002/58/WE wskazuje na konieczność uzyskania zgody w przypadku używania automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej. Co za tym idzie można by było wysunąć tezę, że z regulacji tej wynikałaby interpretacja, iż użycie już tylko telekomunikacyjnych urządzeń końcowych prowadziłoby do konieczności uzyskania uprzedniej zgody. Trzeba jednak zauważyć, o czym mowa była na wstępie, że zasady te należy stosować do abonentów będących osobami fizycznymi, a więc nie do ogółu odbiorców komunikatu. Zestawiając powyższe z polskimi regulacjami, należy wskazać, że ta część dyrektywy, która odnosi się do poczty elektronicznej i faksów, jest w polskim ustawodawstwie ujęta w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną w sposób kompleksowy, jeśli przyjąć założenie – o czym szerzej poniżej – że marketing bezpośredni mieści się w pojęciu informacji handlowej. Wszędzie tam, gdzie zastosowanie znajdują przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, przesyłanie informacji handlowej, w tym także marketing bezpośredni, będzie – prócz wyjątków, o których poniżej – niedopuszczalne niezależnie od tego, czy zostanie wykorzystany automatyczny system wywoływania, czy też nie. Skoro tak, to z zakresu określonego w dyrektywie do implementacji pozostawałby więc wyłącznie zakaz używania automatycznych systemów wywoływania i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące). Powyższe prowadziłoby do wniosku, że dodanie do art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne telekomunikacyjnych urządzeń końcowych jest swoistym *superfluum*, ewentualnie zwróceniem – wydaje się zbędnym – uwagi, że przepis dotyczy tylko tych automatycznych systemów wywoływania, których wykorzystanie odbywa się przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Niemniej jednak – o czym jednak szerzej w dalszej części – przepis ten będzie znajdował zastosowanie do działań z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej w zakresie, w którym brak

wymogu co do uprzedniej zgody odbiorcy w myśl ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Innymi słowy, wynika z powyższego, że zakaz z ustawy – Prawo telekomunikacyjne będzie miał zastosowanie do informacji handlowej przesyłanej drogą elektroniczną tylko w tym zakresie, w którym nie znajdzie zastosowania zakaz określony w art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Co prawda w zakresie relacji między terminami „informacja handlowa” i „marketing bezpośredni” powyżej została już postawiona pewna teza, jednak warto zwrócić uwagę na wzajemną relację zakresów podmiotowych obu tych pojęć. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną wskazuje bowiem na konieczność uzyskania uprzedniej zgody w przypadku przesyłania informacji handlowej do oznaczonej osoby fizycznej. Z kolei ustawa – Prawo telekomunikacyjne nakazuje uzyskanie tejże od abonenta lub użytkownika końcowego w sytuacji, o której mowa powyżej, przy czym wymóg jej pozyskania odnosi tylko do marketingu bezpośredniego. Warto wspomnieć, że na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną osoba fizyczna ma być oznaczona. Chodzi więc o komunikację ze wskazaniem na konkretnego, zindywidualizowanego odbiorcę, przy czym wydaje się, że nie jest konieczne, aby nadawca komunikatu posiadał jego jakiegokolwiek bliższe dane osobowe niż konieczny do takiej komunikacji adres e-mail lub też inny adres elektroniczny. Tym samym przepis ten nie dotyczy komunikacji mającej miejsce przez wyszukiwarki internetowe czy też z wykorzystaniem platform społecznościowych z zastrzeżeniem jednak, że w tym przypadku wyłączenie to nie odnosi się do komunikatorów, które są udostępnione w ramach tych platform, których już dotyczyć będzie.

Przed przejściem do wyjaśnienia wskazanej powyżej relacji warto też wyjaśnić, czyjej realnie zgody wymaga ustawa – Prawo telekomunikacyjne. Zarówno abonent, jak i użytkownik końcowy posiadają legalną definicję. Abonent to podmiot, który jest stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Tym samym abonentem może być tak osoba fizyczna, jak i prawna czy też podmiot, o którym mowa w art. 33¹ Kodeksu cywilnego¹⁷. Użytkownikiem końcowym jest podmiot korzystający

¹⁷ T.j. Dz.U.2020.1740.

z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi dla zaspokojenia własnych potrzeb. Z kolei publicznie dostępną usługą telekomunikacyjną jest usługa telekomunikacyjna dostępna dla ogółu użytkowników. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że własne potrzeby obejmują zarówno potrzeby bytowe osób fizycznych, jak i potrzeby organizacyjne, produkcyjne, usługowe i inne osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych. Wszelkie cele realizowane przez osoby prawne i jednostki organizacyjne będą się mieściły w zakresie potrzeb własnych w rozumieniu tej definicji. Użytkownicy końcowi będą w wielu przypadkach konsumentami usług telekomunikacyjnych¹⁸. Na gruncie prawa telekomunikacyjnego dopuszczalna jest więc sytuacja, w której marketing bezpośredni będzie prowadzony wbrew woli użytkownika telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, jednak za zgodą odpowiednio abonenta lub użytkownika końcowego. Co jednak istotne, jeśli urządzenie końcowe będzie służyło do odbioru komunikacji elektronicznej, to zastosowanie znajdzie i tak regulacja ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, ponieważ zgodnie z ustawą – Prawo telekomunikacyjne regulacja ta nie uchybia innym wymogom w zakresie działań marketingowych. Z drugiej jednak strony nie można *a priori*, bez dalszej analizy, wykluczyć, że art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne będzie stanowił dodatkową barierę także w przypadku komunikacji elektronicznej, co już było zresztą sygnalizowane powyżej.

Po wyjaśnieniu relacji podmiotowej obu norm prawnych należy przystąpić do określenia relacji pojęcia marketingu bezpośredniego i pojęcia informacji handlowej. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że marketing bezpośredni nie został zdefiniowany w prawie telekomunikacyjnym, ale pojęcie to jest stosowane w ustawodawstwie. Jest to działalność polegająca na dostarczaniu bezpośrednio klientom informacji lub propozycji dotyczących sprzedaży towarów i usług poprzez różne kanały komunikowania. Marketing bezpośredni jest jednym z rodzajów działalności określanej jako przekaz informacji handlowej w rozumieniu ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną, opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Marketing bezpośredni własnych produktów lub usług był – co

18 S. Piątek, *op. cit.*, art. 2.

było już wspomiane na wstępie – jednym z usprawiedliwionych celów przetwarzania danych przez administratora danych osobowych na gruncie art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie danych osobowych. Marketing bezpośredni jest w motywie 47 RODO uznawany za uzasadnienie dla przetwarzania danych osobowych w prawnie uzasadnionym interesie administratora danych. Istotą marketingu bezpośredniego jest dostarczanie informacji o możliwości nabycia towarów lub usług oraz składanie potencjalnym klientom propozycji zawarcia umowy. Pojęcie marketingu bezpośredniego występuje wielokrotnie w motywach i przepisach dyrektywy o prywatności. Obejmuje ono wszelkie formy reklamy i promocji, w których ramach materiały o takiej zawartości kierowane są bezpośrednio do zidentyfikowanego podmiotu lub podmiotów przy użyciu usług łączności elektronicznej. Poza oferowaniem produktów i usług w celach komercyjnych pojęcie to obejmować może również promowanie celów pozagospodarczych. W literaturze dotyczącej ochrony danych osobowych za marketing bezpośredni uznaje się wszelkie działania promujące produkty lub usługi, które skierowane są do podmiotu danych osobowych¹⁹. W innym opracowaniu wskazuje się natomiast, że marketing bezpośredni polega na bezpośrednich komunikatach kierowanych do starannie wybranych, pojedynczych osób, często w indywidualnym kontakcie, w celu uzyskania bezpośredniej reakcji (odpowiedzi)²⁰. Jeśli chodzi natomiast o informacje handlowe, to w literaturze przedmiotu podkreśla się, że są one częścią usług świadczonych drogą elektroniczną, stanowiąc najczęściej szeroko rozumianą reklamę, jak również oświadczenia woli będące ofertą zawarcia umowy²¹. Szukając jednak bardziej precyzyjnego wskazania na zakres regulacji rzeczonyj ustawy, warto zwrócić uwagę, iż pojęcie informacji handlowej obejmuje:

- 1) reklamę bezpośrednią i pośrednią;
- 2) reklamę publiczną i niepubliczną;
- 3) marketing bezpośredni, który dotyczy przekazów skierowanych do zindywidualizowanych adresatów (np. mailing, telemarketing);

19 P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 232.

20 A. Krasuski, *op. cit.*, art. 172.

21 *Ibidem*.

- 4) promocje sprzedaży polegające na otrzymaniu przez odbiorcę bezpłatnej wartości materialnej (świadczenia) w szerokim znaczeniu, to jest tzw. reklamę wartościową; przykładami są tutaj sprzedaż premiowa, loteria promocyjna, rozdawanie próbek i upominków oraz konkursy; promocje sprzedaży wyodrębnia art. 9 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną,
- 5) sponsorowanie, to jest każdą formę partycypacji sponsora w kosztach określonego przedsięwzięcia innego podmiotu, pod warunkiem że udział w finansowaniu jest podejmowany w celach promocyjnych sponsora; promocja sponsora polega na upowszechnianiu jego nazwy, firmy lub znaku towarowego; w takim właśnie znaczeniu użyto w art. 2 pkt 2 sformułowania „promocja wizerunku przedsiębiorcy”, wzorem art. 2 lit. f dyrektywy 2000/31/WE;
- 6) działania public relations, których celem jest promocja wizerunku przedsiębiorców w rozumieniu art. 43¹ Kodeksu cywilnego, przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej;
- 7) propozycje zawarcia umowy, takie jak oferta, zaproszenie do składania ofert, zaproszenie do negocjacji²².

Z powyższego wynika więc, że marketing bezpośredni to jeden z rodzajów informacji handlowej. Jeśli więc odbywa się przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, na jego prowadzenie konieczne jest uzyskanie zgody od oznaczonej osoby fizycznej. Nie będzie w tym przypadku natomiast wystarczająca zgoda abonenta lub użytkownika końcowego, jeśli będą oni osobą prawną lub podmiotem, o którym mowa w art. 33¹ Kodeksu cywilnego, ze względu na brak tożsamości między tymi podmiotami. Jeśli więc nadawca komunikatu posiadałby wyłącznie taką zgodę, a brak byłoby tożsamości między osobą ją wyrażającą a osobą fizyczną będącą adresatem korespondencji elektronicznej, podmiot prowadzący marketing bezpośredni nie będzie posiadał wymaganej w tym przypadku zgody określonej osoby fizycznej. Będzie tak,

22 A. Frań-Adamek, *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2002, art. 2 oraz cytowane tam: P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 232; A. Surdacka, *Reklama wartościowa*, PPH 1996, nr 12, s. 25 i n.; M. Grabowski, *Sponsorowanie przez prowadzących działalność związaną z produktami (usługami) objętymi zakazem reklamy*, „*Studia Prawnicze*” 1996, s. 70–71.

mimo że na gruncie ustawy – Prawo telekomunikacyjne konieczność uzyskania takiej zgody stanie się celowa dopiero wówczas, jeśli rzezzone działania będą prowadzone przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywoływania.

Co jednak istotne, ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną wskazuje też, jakie treści nie stanowią informacji handlowej. Są to:

- » informacje umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą;
- » informacje o towarach i usługach niesłużące osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca ich rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż w ramach pierwszego z wyłączeń nie będzie zasadniczo informacją handlową podanie adresu poczty elektronicznej czy numeru telefonu w celu przesyłania SMS-ów. Wątpliwości może budzić kwestia, czy adres strony WWW nie jest informacją handlową. W tym zakresie warto wskazać na będący wzorem dla tego wyjątku przepis art. 2 lit. f dyrektywy 2000/31/WE, który stanowi, że informacją handlową nie są informacje umożliwiające bezpośredni dostęp do działalności przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby, w szczególności nazwa domeny lub adres poczty elektronicznej. Choć więc adres strony WWW mógłby być uznany za niespełniający wymaganego przez art. 2 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną warunku informacji umożliwiającej porozumiewanie się z określoną osobą za pomocą komunikacji elektronicznej, to przy zastosowaniu wykładni prounijnej powinien mieścić się w zakresie wyłączenia spod pojęcia informacji handlowej. Należy jednak podkreślić, że oceniając, czy konkretna informacja nie stanowi informacji handlowej, trzeba każdorazowo przeanalizować, czy informacja umożliwiająca porozumiewanie się z daną osobą lub bezpośredni dostęp do jej działalności nie ma sama w sobie charakteru promocyjnego. Przykładowo identyfikator przedsiębiorcy (czy też nazwa użytkownika w komunikatorze internetowym) zawierający sformułowanie „X – najtańsze podręczniki w mieście” może być uznany za informację handlową, mimo iż teoretycznie identyfikator jako informacja umożliwiająca porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej jej nie stanowi. Ponadto, choć np. adres

domenowy ma najczęściej charakter wyłącznie informacyjny, nie można wykluczyć, że odpowiednia forma lub kontekst jego użycia nie nadadzą mu charakteru reklamowego²³. Z poglądem tym co do zasady należy się zgodzić. Sformułowania „informacja umożliwiająca porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą” nie należy zawęzać wyłącznie do danych komunikatora czy adresu e-mail, które taki kontakt umożliwiają. Trzeba przede wszystkim zwrócić uwagę, iż wyłączenie to nie wskazuje, aby informacje te musiały ograniczyć się tylko do danych, które służą bezpośrednio i wyłącznie do kontaktu. Mają być to informacje „umożliwiające” takie porozumiewanie się. Zważywszy natomiast, że strona WWW w zasadzie w każdym przypadku takie dane zawiera, to nie można postawić tezy innej jak tylko takiej, że przepis ten należy rozumieć w ten sposób, iż daje on podstawę do przekazania danych służących do kontaktu, jednak bez ograniczenia do danych, których wyłącznym celem jest przeprowadzenie tego kontaktu. Ponadto, uwzględniając regulację samej dyrektywy, nie wydaje się zasadne wyłączenie spośród zakresu tych danych także strony internetowej, które to dane zgodnie z treścią tejsze informacji handlowej nie stanowią. Za taką tezę opowiadają się także inni komentatorzy, wskazując, że informacji handlowej nie stanowią jednak informacje umożliwiające kontakt z daną osobą za pomocą komunikacji elektronicznej – chodzi tu o adresy poczty elektronicznej, nazwy stron WWW, nazwy domen itp. Wydaje się więc, że wyłączenie to dotyczyć będzie wszystkich tego rodzaju form informacji o usługodawcy, które albo pozwalają wprost skontaktować się z przedsiębiorcą i na informacjach to umożliwiających się niejako kończą, albo pozwalają na dotarcie do miejsca w internecie, gdzie tego rodzaju dane będą możliwe do pozyskania lub też sam kontakt będzie możliwy za pośrednictwem komunikatora lub innego narzędzia²⁴. Gdzie indziej natomiast zostaje podkreślone, że pojęciem informacji handlowej należy objąć reklamę komercyjną, zarówno publiczną, jak i niepubliczną, reklamę wartościową, propozycję zawarcia umowy, sponsoring oraz wszelkie działania public relations przedsiębiorców. Natomiast do informacji nieobjętych tym pojęciem można zaliczyć adres

23 A. Frań-Adamek, *op. cit.*

24 *Ibidem.*

poczty elektronicznej i adres strony WWW, a także linki do innych stron, o ile nie łączy się to z uzyskiwaniem korzyści i porównaniem cen²⁵. Trzeba jednak zaznaczyć, że co do zasady powyższe należy odnieść do domen usługodawcy niebędących *landing page* czy też stronami produktowymi oraz takich, których nazwy same w sobie niosą przekaz reklamy czy promocyjny. Te ostatnie mają w szczególności za cel sprzedaż określonego produktu, a nie informowanie o możliwości skontaktowania się z przedsiębiorcą. Zgodnie z przytoczonymi powyżej poglądami należy uznać, że podanie takiego adresu w ramach komunikacji będzie niewątpliwie stanowić informację handlową.

Drugie z wyłączeń wydaje się nastęrczać jeszcze więcej wątpliwości interpretacyjnych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dotyczy ono informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi. Analogiczny art. 2 lit. f dyrektywy 2000/31/WE wskazuje, że wyjątek ten dotyczy informacji opracowanych w sposób niezależny. Informacja ma więc nie służyć osiągnięciu efektu handlowego, czyli ma nie wspierać obrotu usługodawcy. Jeżeli więc podmiot trzeci przesłał informację o osobie lub produktach przedsiębiorcy, z którym nie łączą go więzy handlowe, nie będzie to traktowane jako informacja handlowa w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Sytuacja taka może mieć miejsce np. przy umieszczaniu linków do cudzej strony, przy przekazywaniu testów porównawczych produktów czy porównań cen produktów, jednak przy zastrzeżeniu, że informacje te zostały przekazane przez podmiot niezwiązany z podmiotem reklamowanym²⁶. Ponadto podkreśla się, iż definicja informacji handlowej nie będzie obejmowała komunikatów:

- » mających na celu przede wszystkim udostępnienie danych o występujących na rynku towarach i usługach (tzw. informacje neutralne);
- » przekazywanych przez reklamodawców, których działalność odnosi się do innych sfer życia niż działalność gospodarcza (czyli wzmiankowanej na wstępie reklamy społecznej lub politycznej, której celem

25 K. Grzybczyk, *Ilustrowane prawo reklamy*, Wolters Kluwer 2020, s. 365.

26 A. Frań-Adamek, *op. cit.*

jest promocja np. określonego stylu życia, idei lub lokalnych inicjatyw samorządowych).

Jak wynika bowiem z treści samej dyrektywy, za informację handlową nie uważa się informacji odnoszących się do towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby, opracowywanych w sposób niezależny, w szczególności jeżeli są one udzielane bez wzajemnych świadczeń finansowych²⁷. Wydaje się jednak, że na podobnej zasadzie można by było przyjąć za dopuszczalne rozpowszechnianie treści własnych, o ile byłby to marketing treści (tak zwany *content marketing*) nastawiony na przekazywanie wiedzy czy informacji, których rozpowszechnianie należałoby uznać za obiektywnie uzasadnione w świetle uprzednich relacji biznesowych adresata z ich nadawcą, a finalnie treści te nie zawierałyby odwołania do konkretnej oferty nadawcy. Innymi słowy, można by ostrożnie postawić tezę, że jeśli informacja dotyczyłaby sposobu rozwiązania danego problemu czy też prezentowałaby dane zagadnienie, to także byłoby możliwe uznanie jej za mieszczącą się w ramach rzeczonego wyjątku. Powyższe mogłoby mieć tym bardziej miejsce, jeśli przyjąć, że nie stanowi informacji handlowej hipertekstowy link do strony WWW zawierającej określone informacje handlowe, jeśli jego umieszczenie nie ma celu handlowego²⁸. Tezę tę wspiera także pogląd, że rozpowszechnianie znaku towarowego nie stanowi samo przez się informacji handlowej. Charakteru takiego może ono jednak nabrać w zależności od kontekstu, w jakim doszło do rozpowszechnienia. W przypadku rozpowszechniania informacji o adresie domeny (adresie WWW) odnoszącym się do towaru, usługi lub przedsiębiorcy zależy to od kontekstu użycia oznaczenia²⁹. Finalnie tego rodzaju treści nie będą uznawane za spam, gdyż jedną z przesłanek uznania komunikacji elektronicznej za tenże jest to, że wysyłający odniesie z wysłania wiadomości korzyści większe niż te, jakie odniesie odbiorca w związku z jej otrzymaniem (asymetria korzyści)³⁰. Z drugiej natomiast strony należy

27 P. Fedczyszyn, Z. Pinkalski, *Bluetooth-marketing czy Bluespam? Prawne aspekty wysyłania informacji handlowych za pośrednictwem nadajników Bluetooth*, ZNUJ PPWI 2013, nr 2, s. 64–81.

28 A. Frań-Adamek, *op. cit.*

29 D. Lubasz, W. Chomiczewski, *op. cit.*

30 P. Ślęzak, *Prawo mediów*, Wolters Kluwer 2020, s. 188.

podkreślić, że przetwarzanie danych osobowych pozyskanych w toku realizacji dotychczasowych zleceń jest możliwe na podstawie prawnie uzasadnionego interesu administratora danych w zakresie marketingu usług własnych, dlatego ewentualna promocja cudzych towarów lub usług byłaby tu zakazana. Co najwyżej można by rozważać wykorzystywanie na tej podstawie danych osobowych w zakresie tego rodzaju treści własnych, które za informację handlową nie będą uznane. Interesujące jest natomiast, czy w tym przypadku możliwe jest wykorzystanie automatycznych systemów wywoływania i choć nie sposób wykluczyć z pojęcia marketingu bezpośredniego także treści o charakterze jak wymieniony powyżej, to jednak wydaje się, że uwzględniając wzajemne relacje art. 172 ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, bardziej zasadne jest postawienie tezy, że tylko takie treści nie będą stanowić informacji handlowej, które jednocześnie nie będą uznane za marketing bezpośredni.

Uwzględniając powyższe, należy też dojść do wniosku, że w przypadku prowadzenia komunikacji marketingowej przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej w oparciu o pozyskane w związku z dotychczas świadczonymi usługami lub sprzedanymi towarami dane osobowe, których wykorzystanie na gruncie regulacji prawnych dotyczących ochrony danych osobowych jest możliwe w oparciu o prawnie uzasadniony interes administratora danych, działanie takie nie będzie legalne w zakresie, w którym objęte byłoby zakazem wynikającym z ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Nie budzi bowiem wątpliwości, że ustawa ta nie wprowadza wyjątków co do treści, które mogą być przekazywane, acz – co niewątpliwe – zakres zakazu jest zdecydowanie węższy niż ten, który wynika z ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Wnioski

Reasumując więc tezy płynące z tego artykułu, trzeba wskazać, że uwzględniając rozważania przedstawione powyżej, przekazywanie z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej informacji o charakterze handlowym lub marketingowym, gdy administrator danych nie

posiada tak zwanych zgód marketingowych, będzie w pewnych sytuacjach możliwe.

Będzie tak w przypadku przekazu marketingowego przesyłanego na rzecz oznaczonych osób fizycznych, gdy:

- » dane osobowe adresata przekazu marketingowego będą legalnie pozyskane;
- » dane osobowe adresata są wykorzystywane w celu marketingu usług własnych;
- » treść przekazu marketingowego nie stanowi informacji handlowej, w tym w szczególności, gdy dotyczy albo danych umożliwiających kontakt z nadawcą przekazu, w tym także informacji o jego stronie internetowej, albo stanowi przekaz, który nie ma charakteru handlowego dla nadawcy, co wydaje się dopuszczać możliwość przekazywania w ten sposób treści marketingowych, jeśli da się stwierdzić istnienie ich obiektywnej wartości na polu innym niż wartość handlowa, przy jednoczesnej możliwości wykluczenia ich charakteru handlowego.

Co istotne, warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w zakresie takich informacji o charakterze marketingowym wydaje się być dopuszczalne używanie automatycznych systemów wywołujących. Trzeba bowiem zauważyć, że zakaz ich używania bez uprzedniej zgody dotyczy wyłącznie marketingu bezpośredniego. Z tym ostatnim jednak nie będziemy mieli tutaj co do zasady do czynienia, skoro treści, które wolno rozpowszechniać w omawianym przypadku, nie mogą stanowić informacji handlowej, a marketing bezpośredni stanowi jej odmianę. Dyskusyjna byłaby sprawa marketingu bezpośredniego dotyczącego przekazów niehandlowych – w znaczeniu nadanym jak wyżej – jednak powyższe pozostaje jedynie na marginesie artykułu.

Jeśli natomiast chodzi o treści, których adresatem nie jest oznaczona osoba fizyczna, sytuacja przedstawia się w następujący sposób:

- » wykorzystywane dane odbiorcy co do zasady nie będą stanowić danych osobowych, a więc pozyskanie rzeczonych adresów oraz ich dalsze przetwarzanie nie będzie się odbywać w oparciu o przepisy dotyczące ochrony danych osobowych;
- » adresat może otrzymać w zasadzie wszelkie treści, tak o charakterze informacji handlowej, w tym także stanowiące marketing bezpośredni, jak i niehandlowej;

- » zakazane będzie wyłącznie wykorzystanie automatycznych systemów wywoływania, jeśli treść danej wiadomości to marketing bezpośredni.

Trzeba jednak zwrócić uwagę na fakt, że choć w tym przypadku przepisy stwarzają znaczną możliwość podejmowania działań marketingowych, to jednak – co istotne – ocena, czy adresatem działań jest oznaczona osoba fizyczna, czy też nie, pozostaje po stronie nadawcy komunikatu. Ważne jest natomiast, że naruszenie przepisów dotyczących działań marketingowych nie będzie uzależnione od winy nadawcy takiego komunikatu, lecz od zaistnienia obiektywnych przesłanek wskazanych na gruncie którejkolwiek z powyższych ustaw. Tym samym błędna analiza danego przypadku albo przekazanie do oznaczonej osoby fizycznej informacji, która stanowi informację handlową, finalnie doprowadzi do naruszenia wskazywanych powyżej przepisów.

Finalnie więc wynika z powyższego, że możliwe jest prowadzenie komunikacji marketingowej bez wymaganych prawem zgód marketingowych, jeśli komunikacja ta albo będąc kierowana do oznaczonej osoby fizycznej, nie dotyczy kwestii handlowych dalej idących jak tylko wskazanie na dane kontaktowe nadawcy komunikatu, albo też jeśli ma ona innego adresata – pod warunkiem że nie będzie ona jednocześnie stanowić marketingu bezpośredniego i być nadawana przy wykorzystaniu automatycznych systemów wywoływania. Warto jednak zwrócić uwagę, że jeśli dany podmiot zdecydował się na wysyłanie tego rodzaju komunikacji elektronicznej, to winien wziąć pod uwagę dwie dalsze jej cechy, których brak może doprowadzić do naruszenia prawa. Trzeba bowiem podkreślić, że komunikacja prowadzona w ramach wskazanych powyżej wyjątków winna być transparentna w tym znaczeniu, że z jej treści w sposób niebudzący wątpliwości będzie wynikać nadawca komunikatu. Jeżeli nawet uznać, że nie wynika to wprost z ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, to wymóg takiego oznaczenia ewidentnie wynika z samej dyrektywy, a jego brak mógłby być w określonych okolicznościach uznany za ukrytą reklamę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa choćby w art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, istotne jest także, aby informacje przesyłane za pośrednictwem e-maila umożliwiały w łatwy sposób wyrażenie sprzeciwu co

do dalszego przetwarzania danych osobowych w celach szeroko pojętego marketingu. Analogicznie jak w poprzednim wymogu nie znajduje on bezpośredniego odzwierciedlenia w żadnej z omawianych ustaw, jednak wynika wprost z treści dyrektywy, a finalnie brak takiej możliwości w treści otrzymywanej komunikacji elektronicznej może prowadzić do uznania, że w danym przypadku informacja stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. W tym ostatnim przypadku istniałoby więc ryzyko uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dopiero więc komunikacja elektroniczna, której treść byłaby sformułowana w sposób wskazany powyżej, mogłaby być uznana za legalną w świetle przepisów prawa.

Bibliografia

Literatura

- Frań-Adamek A., [w:] *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz*, LEX/e, 2002.
- Grabowski M., *Sponsorowanie przez prowadzących działalność związaną z produktami (usługami) objętymi zakazem reklamy*, „Studia Prawnicze” 1995, nr 1–4.
- Grzybczyk K., *Ilustrowane prawo reklamy*, Wolters Kluwer 2020.
- Lubasz D., *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2011, LEX/e.
- Krasuski A., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2015, LEX/e.
- Litwiński P., Barta P., *Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni*, MoP 2015, nr 8.
- Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4*, Warszawa 2019, Legalis/e.
- Surdacka A., *Reklama wartościowa*, PPH 1996, nr 12.
- Ślęzak P., *Prawo mediów*, Wolters Kluwer 2020.

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie z 11 września 2014 r., XVII AmT 41/12.