

Zgoda(-y) na otrzymywanie newslettera z informacjami handlowymi drogą e-mailową

Martyna Mielniczuk¹

Aby otrzymać newsletter zgodnie z prawem, wyrażamy jedną zgodę czy kilka osobnych zgód? Wyrażamy ją/je w sposób wyraźny czy dorozumiany? Na co właściwie zgadzamy się „zapisując się” do newslettera? Na jakiej podstawie różni adresaci od tego samego nadawcy otrzymują newsletter o różnej treści? Czy zgody zazwyczaj są zbierane od konsumentów zgodnie z prawem? Celem niniejszego opracowania jest wskazanie, jakie zgody przedsiębiorcy powinni uzyskać, chcąc przysyłać konsumentom swoje newslettery i jak zgodnie z prawem powinni je zbierać, z uwzględnieniem profilowania. W rzeczywistości bowiem wielu nadawców, czego odbiorcy zazwyczaj nie są świadomi, wysyła newsletter niezgodnie z przepisami. Autorka omawia najważniejsze zagadnienia związane ze zgodnym z prawem wysyłaniem do subskrybentów newsletteru e-mail z informacjami handlowymi w świetle przepisów dotyczących świadczenia usług drogą elektroniczną, prawa telekomunikacyjnego i ochrony danych osobowych.

Uwagi wstępne

Dynamiczny rozwój Internetu spowodował, że podstawą gospodarki stał się e-handel oraz e-społeczeństwo². Wiele dotychczasowych barier w komunikacji zniknęło, przez co dla konsumenta nie ma znaczenia odległość między nim a punktem handlowym, nowe sklepy internetowe zaś powstają w częstotliwości grzybów po deszczu. Wreszcie Internet pozwolił na utworzenie nowych kanałów bezpośredniego kontaktu przedsiębiorcy z konsumentem, co umożliwia precyzyjne rozpoznanie potrzeb klientów oraz ułatwia przysyłanie komunikatów reklamowych bezpośrednio do zainteresowanych zakupem. Przez marketing bezpośredni za pomocą Internetu zmniejszyła się zdecydowanie rola bardziej tradycyjnych form promocji i reklamy³.

Jednym z potężniejszych narzędzi promocyjnych XXI w. jest e-mail marketing, w tym newsletter zawierający informacje handlowe. Jest on wysyłany niemalże codziennie na skrzynki e-mailowe przez każdego z nas – konsumentów, od różnej maści przedsiębiorców. Taki newsletter można zdefiniować jako biuletyn skierowany do klientów bądź potencjalnych klientów⁴, który zachęca subskrybentów do odwiedzenia strony internetowej przedsiębiorcy, informuje o produktach przez niego oferowanych i wreszcie buduje lojalność wśród swoich klientów⁵ oraz ich za nią nagradza, np. poprzez informowanie o przeznaczonych tylko dla nich kodach rabatowych oraz innych specjalnych ofertach. Przy niewielkich kosztach przygotowania i wysyłki newslettera ma on ogromny wpływ na dokonywanie przez nas zakupów, korzystanie z wyprzedaży czy dedykowanych tylko adresatom newslettera rabatów. Czasem bywa on irytujący i umieszczaony przez odbiorcę w folderze przeznaczonym dla spamu, choć spamem przecież nie jest. Spam oznacza bowiem przysyłanie w formie elektronicznej wiadomości niezamówionych i niechcianych⁶. Na otrzymywanie newslettera odbiorcy wyrażają

natomiast mniej lub bardziej świadomą zgodę, zazwyczaj klikając na odpowiednie check-boxy⁷ na stronach e-sklepów bądź wypełniając formularze w sklepach stacjonarnych.

Zgody na newsletter

Ustawodawca wymaga uzyskania od odbiorcy dwóch zgód. Po pierwsze, na podstawie art. 10 ustawy z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁸ konieczna jest zgoda na przysyłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówionej informacji handlowej. O konieczności uzyskania tej zgody pamięta duża część oferujących newsletter przedsiębiorców. Po drugie, o czym większość rozsyłających newslettery nie wie bądź nie chce wiedzieć, art. 172 ustawy z 16.7.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁹ nakłada na przedsiębiorcę wymóg uzyskania od adresata newslettera zgody na korzystanie z telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego.

¹ Autorka jest absolwentką stacjonarnych studiów prawa na Uniwersytecie Wrocławskim.

² H. Brdulak, Uwarunkowania funkcjonowania społeczeństwa informacyjnego, [w:] A. Mokrysz-Olszyńska, B. Targański (red.), Uwarunkowania prawne marketingu w społeczeństwie informacyjnym. Zagadnienia wybrane, wyd. 1, Warszawa 2011, s. 27.

³ Ibidem.

⁴ J. Konikowski, Lista Dystrybucyjna. Narzędzie, e-marketingu, Internet 1998, Nr 5, s. 64.

⁵ K. Medyk, E-Mailing – sposób na zdobycie lojalnego klienta?, PME 2005, Nr 2, Legalis/el. 2005.

⁶ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, Lex/el. 2009.

⁷ Po polsku – przyciski wyboru, przy czym znacznie popularniejsza wśród podmiotów tworzących newslettery jest jednak nazwa w wersji angielskiej.

⁸ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 ze zm.; dalej jako: ŚwUsłElekU.

⁹ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2062 ze zm.; dalej jako: PrTelU.

1. Zgoda na przesyłanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 10 ŚwUsłElekU)

Ustawodawca w art. 10 ust. 1 ŚwUsłElekU zakazuje przesyłania niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Z przepisu tego naturalnie można wywnioskować, że dozwolone jest przesyłanie zamówionej informacji handlowej. Kiedy informacja handlowa jest zamówiona? Na to pytanie odpowiada ust. 2 przywołanego przepisu. Otóż zgodnie z jego brzmieniem informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.

Newsletter wysyłany w celu osiągnięcia efektu handlowego przez przedsiębiorcę lub osobę wykonującą zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, niewątpliwie jest informacją handlową w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Określenie „informacja handlowa” na gruncie tej ustawy oznacza bowiem każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz 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 usługi¹⁰.

Niewątpliwie zatem chcąc wysłać newsletter na skrzynkę e-mailową subskrybentów bez naruszenia art. 10 ust. 1 ŚwUsłElekU (dotyczącego naturalnie wszystkich środków komunikacji elektronicznej, a nie tylko poczty elektronicznej¹¹), należy uzyskać od adresatów wyraźną i odwoływalną w każdym czasie¹² zgodę na przesyłanie informacji handlowej za pomocą poczty elektronicznej, o której mowa w ust. 2 tego przepisu. Zgoda ta może być odwołana przez subskrybenta w każdym czasie. Przyjęty przez polskiego ustawodawcę wymóg uzyskania zgody nazywany jest konstrukcją *opt-in*¹³. Taki sam system został wprowadzony w odniesieniu do marketingu bezpośredniego, o którym mowa w art. 172 PrTelU, co będzie tematem dalszej części niniejszego artykułu. Konstrukcja ta polega na konieczności działania adresata, czyli wyrażenia przez niego pozytywnej deklaracji¹⁴. W żadnym wypadku nie może być oparta na jego bierności, charakterystycznej dla konstrukcji *opt-out*, w której zakłada się dopuszczalność

przesyłania materiałów bez wyrażonej uprzednio zgody odbiorcy, jeśli tenże odbiorca się temu nie sprzeciwi¹⁵.

Cytowany powyżej art. 10 ust. 2 ŚwUsłElekU sugeruje, że zgoda odbiorcy może być uzyskana także poprzez podanie przez niego identyfikującego go adresu elektronicznego. Naturalnie za wyrażenie zgody nie może być uznane upublicznienie swojego adresu e-mail na dowolnej stronie internetowej¹⁶, ponieważ odbiorca powinien wyrazić zgodę swobodnie, ze świadomością, że jej udziela oraz na co jej udziela¹⁷. Natomiast już umieszczenie tego adresu w odpowiedniej rubryce formularza przeznaczonego do zapisania się na newsletter będzie emanacją zgody, o której mowa w art. 10 ust. 2 ŚwUsłElekU¹⁸.

Większość podmiotów wysyłających newsletter przy zapisywaniu się do niego wymaga jednak od przyszłych odbiorców „podpisania” osobnej klauzuli zgody. Najbardziej popularnym sposobem uzyskania takiej wyraźnej zgody jest zamieszczenie klauzuli zgody o odpowiedniej treści wraz ze wspomnianym już *check-boxem*, który odbiorca musi zaznaczyć. Możliwe, że wymóg zaznaczenia odpowiedniego okienka przy zapisywaniu się do newslettera jest niejako niedopatrzaniem nadawców, którzy te same *check-boxy* umieszczają zarówno przy formularzach dedykowanych wyłącznie zapisaniu się na newsletter, jak i np. w formularzach przeznaczonych do podania danych osobowych wymaganych do zawarcia umowy sprzedaży. Można zatem uznać, że w praktyce wielu przedsiębiorców stosuje system *double opt-in*, w którym odbiorca dwukrotnie wyraża zgodę na otrzymywanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Takie dwukrotne wyrażenie zgody przez odbiorcę na otrzymywanie informacji handlowych pozwala również nadawcy na łatwiejsze i skuteczniejsze udokumentowanie faktu wyrażenia tej zgody przez daną osobę, co może być konieczne w ewentualnym postępowaniu w sprawie o wykroczenie ściganej na wniosek pokrzywdzonego odbiorcy¹⁹. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 ŚwUsłElekU, kto przesyła za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówione

¹⁰ Art. 2 pkt 2 ŚwUsłElekU.

¹¹ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa..., Lex/el. 2009.

¹² Art. 4 ust. 1 ŚwUsłElekU.

¹³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Polska ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona Danych Osobowych. Komentarz, wyd. VI, Lex/el. 2015.

¹⁴ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Przetwarzanie i ochrona danych osobowych w sieciach komputerowych, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona..., Lex/el. 2015.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ K. Kowalik-Bańczyk, Art. 10, [w:] J. Gołaczyński (red.), Ustawa..., Lex/el. 2009.

¹⁷ D. Kasprzycki, Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna: zagadnienia cywilnoprawne, Kraków 2005, s. 185.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Art. 24 ust. 2 ŚwUsłElekU.

informacje handlowe, podlega karze grzywny. „Odkładanie” zgód, jak specjaliści od marketingu nazywają zapisywanie kliknięcia przez subskrybenta w odpowiedni *check-box* w systemie elektronicznym nadawcy newslettera, jest także potrzebne do obrony przed zarzutami popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, którym zgodnie z art. 10 ust. 3 ŚwUsElekU jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

2. Zgoda na korzystanie z telekomunikacyjnych urządzeń końcowych w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego (art. 172 PrTelU)

Zgodnie z art. 172 ust. 1 PrTelU 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. Zakaz ten, jak stanowi art. 172 ust. 3 PrTelU, nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej, wynikających z odrębnych ustaw. Przepis art. 172 ust. 1 PrTelU ze względu na nieprecyzyjne brzmienie budzi liczne wątpliwości interpretacyjne zarówno wśród przedstawicieli doktryny, jak i organów stosowania prawa.

O ile pojęcie telekomunikacyjnego urządzenia końcowego zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 2 pkt 43 PrTelU jako urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci, o tyle brak definicji ustawowej automatycznych systemów wywołujących. Telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym będą zatem na przykład telefon, komputer²⁰ i tablet, za pomocą których mamy dostęp do poczty elektronicznej, czyli do interesującego nas e-mail newslettera. Odpowiedź na pytanie, co ustawodawca rozumie pod pojęciem automatycznych systemów wywołujących, nie jest jednak już tak prosta. Wydaje się jednak, że pod tym pojęciem, posiłkując się odpowiednimi dyrektywami, które powinny być implementowane do porządku krajowego, należy rozumieć wyłącznie systemy do komunikacji głosowej, prawodawca unijny oddziela bowiem automatyczne urządzenia wywołujące od faksów i poczty elektronicznej²¹. Warto zauważyć, że nie ma możliwości przekazania komunikatu głosowego na odległość z wykorzystaniem telekomunikacji inaczej niż za pomocą urządzenia podłączonego do sieci²². Istnieje pogląd głoszący, że skoro racjonalny ustawodawca pomiędzy oboma tymi pojęciami użył natomiast spójnika „i”, powinno to zatem oznaczać, że zakaz z art. 172 PrTelU dotyczy tylko systemów głosowych²³. Jednakże nie taka była intencja ustawodawcy²⁴ i nie tak jest ten przepis rozumiany przez Prezesa UKE, który za nieprzestrzeganie art. 172 PrTelU może nałożyć karę finan-

sową w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym²⁵. Wydaje się zatem, że należy w ślad za P. Litwińskim uznać, iż, pomimo niefortunnego sformułowania tego przepisu, jego zakresem przedmiotowym objęte jest zarówno wykorzystanie „systemów technicznych służących do przekazywania komunikatów głosowych indywidualnym odbiorcom bez bezpośredniego udziału człowieka” (czyli automatycznych systemów wywołujących), jak i „urządzeń służących do nadawania i odbioru informacji, podłączonych do zakończenia sieci telekomunikacyjnej” (czyli telekomunikacyjnych urządzeń końcowych)²⁶.

Na marginesie należy wskazać, że art. 172 ust. 1 PrTelU kreuje względny zakaz używania telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego w odniesieniu do abonentów lub użytkowników końcowych. W odróżnieniu zatem od zakazu z art. 10 ust. 1 ŚwUsElekU dotyczy on nie tylko osób fizycznych, ale także osób prawnych.

W polskim systemie prawnym brak jest nie tylko definicji automatycznych systemów wywołujących, ale także definicji marketingu bezpośredniego. Warto zatem sięgnąć do interpretacji tego pojęcia przez organy stosowania prawa. Jak wskazuje Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, „istotą marketingu są działania mające na celu kształtowanie popytu poprzez poszerzenie kręgu nabywców na usługi (lub produkty – przyp. M.M.) świadczone przez firmę, jak również poprawienie relacji pomiędzy firmą a klientem²⁷”. Za marketing bezpośredni powinno się zatem uznać wszystkie działania promujące produkty lub usługi skierowane do osoby, której dotyczą dane osobowe wykorzystywane w celu prowadzenia tej formy marketingu²⁸.

Jak zatem zdobyć od przyszłego subskrybenta uprzednią zgodę na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych dla celów marketingu bezpośredniego? Zgodnie ze wspomnianym powyżej art. 174 PrTelU, jeżeli przepisy tej ustawy wymagają wyrażenia zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego, zgoda ta nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia

²⁰ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni, MoP 2015, Nr 8, s. 399.

²¹ *Ibidem*.

²² A. Krasuski, Art. 172, [w:] *tenże*, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 4, Lex/el. 2015.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Odpowiedź Ministra Administracji i Cyfryzacji na oświadczenie senatora Rafała Muchackiego z 27.4.2015 r., https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/muchacki/72010a.pdf (dostęp z 30.3.2018 r.).

²⁵ Art. 210 ust. 1 w zw. z art. 209 ust. 1 pkt 25 PrTelU.

²⁶ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa..., s. 399.

²⁷ Decyzja GIODO z 11.5.2012 r., DOLiS/DEC-412/12/29474, 29481, http://www.giodo.gov.pl/302/id_art/6126/j/pl/ (dostęp z 30.3.2018 r.).

²⁸ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa..., s. 399.

i potwierdzenia przez użytkownika oraz może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Nie ma tutaj zatem możliwości wywnioskowania takiej zgody z samego udostępnienia przez subskrybenta swojego adresu e-mail, na co pozwala art. 10 ŚwUsłElekU. Zgoda musi być odrębnym oświadczeniem woli złożonym przez odbiorcę przed rozpoczęciem wysyłania do niego wiadomości przez adresata newslettera. Według Prezesa UKE, „należy uznać, że praktyki polegające na przysyłaniu wiadomości lub kierowaniu połączeń w celu zapytań o zgodę na marketing bezpośredni (bez uprzedniej zgody na kontakty) mogą (...) stanowić naruszenie art. 172 PrTelU²⁹”. Zatem zgodę tę najpierw musi wydać nieprzymuszony do tego subskrybent. Najczęściej będzie to się odbywać poprzez kliknięcie odpowiedniego okienka obok tekstu oświadczenia woli w formularzu zapisu na newsletter, według którego odbiorca wyraża zgodę na marketing bezpośredni za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Należy podkreślić, że *check-box* ten pod żadnym pozorem nie może być domyślnie zaznaczony³⁰. Dodatkowo w oświadczeniu tym należy precyzyjnie wymienić, za pomocą jakich telekomunikacyjnych urządzeń końcowych będzie odbywać się marketing bezpośredni, na który subskrybent wyraża zgodę, aby nie było wątpliwości co do zakresu zgody przez niego wyrażonej.

Ustawodawca w art. 174 pkt 2 PrTelU wskazuje, że zgoda ta może być wyrażona drogą elektroniczną, jednak pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika. Utrwalenie zgody najczęściej nastąpi przez odpowiedni zapis w systemie nadawcy, tzw. odłożenie zgody w tymże systemie. Natomiast wymóg potwierdzenia zgody przez użytkownika wprowadza wspomnianą już konstrukcję *double opt-in*. Najbardziej popularnym sposobem uzyskania powtórnej zgody, której wymaga art. 172 PrTelU, jest wysłanie e-maila do subskrybenta z informacją, że zapisał on się do newslettera, oraz prośbą o kliknięcie w link aktywacyjny, potwierdzający, że użytkownik chce także newsletter otrzymywać³¹.

Relacja między zgodą wymaganą art. 10 ŚwUsłElekU a zgodą wymaganą art. 172 PrTelU

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należy stwierdzić, że marketing bezpośredni to pojęcie zakresowo szersze niż informacja handlowa, o której mowa w art. 10 ŚwUsłElekU. Informacja handlowa skierowana do oznaczonego odbiorcy zawiera się bowiem w zakresie pojęcia marketingu bezpośredniego.

Nie oznacza to jednak, że zgoda na przysyłanie newslettera, której wymaga art. 10 ŚwUsłElekU, zawiera się w zgodzie, o której mowa w art. 172 PrTelU. Nie mogą one także być łączone w jedno oświadczenie, jakkolwiek problematyczne

i trudne do zrozumienia może to być dla osób zajmujących się marketingiem. Takie stanowisko prezentuje znakomita większość doktryny³², w tym także między innymi Prezes UKE.

Jak wskazuje Prezes UKE, łączenie zgód z art. 10 ŚwUsłElekU i art. 172 PrTelU nie powinno nastąpić, ponieważ zgody te mają inne podstawy prawne i nie mogą być stosowane zamiennie³³. Z kolei w doktrynie podnosi się, że do zgód (czyli oświadczeń woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego) wyrażonych na gruncie wspomnianych wyżej przepisów, z uwagi na wiele cech wspólnych, jakie wykazują one ze zgodą na przetwarzanie danych osobowych na gruncie czy to ustawy o ochronie danych osobowych, czy też – od 25.5.2018 r. – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 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)³⁴, do oświadczeń tych powinno stosować się reguły dotyczące wyrażania zgody właśnie na gruncie prawa ochrony danych osobowych, jak choćby wymóg konkretności i świadomości. Na tej właśnie podstawie należy wywnioskować konieczność odebrania dwóch odrębnych zgód³⁵. Biorąc jednak pod uwagę, że zgoda na przysyłanie informacji handlowej, której wymaga art. 10 ŚwUsłElekU, może być wyrażona poprzez podanie adresu e-mail w formularzu w celu zapisania się do newslettera, wydaje się, że nadawcy newslettera mogą umieścić w formularzach tylko jedną klauzulę zgody wraz z *check-boxem* do jej zaznaczenia, a mianowicie zgodę, o której mowa w art. 172 PrTelU.

Problem uzyskiwania dodatkowej zgody na przetwarzanie danych osobowych wobec konieczności przetwarzania danych w celu marketingu bezpośredniego

Należy podkreślić, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych³⁶

²⁹ Zob. <https://odo24.pl/blog-post.prawo-telekomunikacyjne-8211-interpretacja-uke> (dostęp z 30.3.2018 r.).

³⁰ Podobnie jak *check-box* dotyczący wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych – tak np. W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne Rozporządzenie o Ochronie Danych. Komentarz, Lex/el. 2018.

³¹ Por. A. Malarewicz, Spamming – istota i skutki prawne, [w:] A. Malarewicz, Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne, Lex/el. 2009.

³² A. Krasuski, podnosi jednak, że dwie zgody mogłyby być zawarte w jednej klauzuli zgody – zob. tenże, Art. 172, [w:] A. Krasuski, Prawo..., Lex/el. 2015.

³³ Odpowiedź Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 21.10.2015 r. na zapytanie Stowarzyszenia Administratorów Bezpieczeństwa Informacji, Nr pisma: DP034.32.2015.2, http://www.sabi.org.pl/attachments/File/do_pobrania/UKE-2015/odpowiedz-UKE-21-10-2015.pdf (dostęp z 28.3.2017 r.).

³⁴ Dz.Urz. UE L Nr 119, s. 1; dalej jako: RODO.

³⁵ P. Litwiński, Artykuł 172 Prawa telekomunikacyjnego – próba wykładni, MoP 2015, Nr 8, s. 399.

³⁶ T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 922 ze zm.; dalej jako: ustawa z 1997 r.

nie jest wymagana zgoda na przetwarzanie danych osobowych w celu marketingu bezpośredniego, jakim niewątpliwie jest newsletter. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy z 1997 r. marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych jest prawnie usprawiedliwionym celem, do wypełnienia którego jest konieczne przetwarzanie danych. Według art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy z 1997 r., ustanawiającego tzw. klauzulę usprawiedliwionego celu³⁷, przetwarzanie danych jest dopuszczalne, jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Realizacja prawnie usprawiedliwionego celu administratora, w tym prowadzenie marketingu bezpośredniego, jest zatem jedną z autonomicznych przesłanek legalnego przetwarzania danych osobowych.

Nie uległo to zmianie również na gruncie stosowanego od 25.5.2018 r. RODO.

Unijny prawodawca jako jedną z równoprawnych przesłanek legalnego przetwarzania danych osobowych również wymienił niezbędność przetwarzania do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, gdy nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych, w szczególności gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem³⁸. Jednakże w treści art. 6 RODO mówiącym o przesłankach zgodności przetwarzania z prawem nie wskazano *expressis verbis*, że marketing bezpośredni jest takim prawnie usprawiedliwionym celem przetwarzania, jak uczynił to krajowy ustawodawca w cytowanym powyżej art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy z 1997 r.

Ewentualne wątpliwości co do zawierania się marketingu bezpośredniego w zakresie tejże przesłanki powinna rozwiać treść motywu 47 preambuły RODO, zawierającej wskazówki interpretacyjne przy stosowaniu przepisów RODO³⁹. Według ostatniego zdania tego motywu za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie administratora można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego. Istotnie prawodawca posłużył się słowem „można”, również w innych wersjach językowych⁴⁰. Na pytanie, czy na pewno słowa tego użyto celowo oraz, jeśli tak, kiedy zatem takie przetwarzanie do celów marketingu bezpośredniego nie będzie prawnie uzasadnione, odpowiedzi zapewne będzie mógł udzielić organ nadzorczy, o którym mowa w art. 51 ust. 1 RODO, bądź sądy, które będą sprawować nad nim kontrolę. Z pewnością jednak znakomita większość newsletterów zawiera się w przesłance legalizującej przetwarzanie, wskazanej w art. 6 ust. 1 lit. f, czyli przechodzi test równowagi⁴¹ między prawnie uzasadnionymi interesami administratora bądź strony trzeciej, do realizacji których

przetwarzanie jest niezbędne, a interesami lub podstawowymi prawami i wolnościami osoby, której dane dotyczą.

W doktrynie *ratio legis* rezygnacji przez prawodawcę z konieczności posiadania zgody (dorosłego) odbiorcy na przetwarzanie danych w celach marketingu bezpośredniego oraz katalogu dozwolonych w ramach tego marketingu operacji na danych upatruje się w przepisach szczególnych. W Polsce będą to właśnie cytowane powyżej art. 10 ŚwUsłElekU oraz art. 172 PrTelU⁴².

Imponujący odsetek podmiotów oferujących newsletter, mimo braku takiego obowiązku, uparczywie żąda od osoby podającej swoje dane w celu otrzymywania go zgody na przetwarzanie danych osobowych. Domaganie się wyrażenia zgody osoby, której dane administrator pozyskuje w celu wysyłania jej newsletteru, kiedy na takie przetwarzanie zezwalają odpowiednie przepisy, wprowadza w błąd tę osobę oraz może prowadzić do sytuacji konfliktowych, gdy osoba taka odmówi wyrażenia takiej zgody⁴³. Istnieje pogląd, zgodnie z którym gdy taka osoba wyraźnie odmówi wyrażenia zgody na przetwarzanie danych w celach marketingowych, takie przetwarzanie istotnie nie będzie dozwolone⁴⁴, co postawi administratora danych w patowej sytuacji.

Trzeba jednak pamiętać, że do danych, których przetwarzanie jest dozwolone na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO, nie należy zaliczać jednak danych dotyczących dziecka. Zgodnie z wykładnią językową tego przepisu, w przypadku gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem, jego interesy lub podstawowe prawa i wolności mają charakter nadrzędny w stosunku do interesów administratora⁴⁵. Z uwagi na wzmożoną aktywność dzieci w Internecie oraz ich podatność na działania marketingowe, administratorzy danych powinni

³⁷ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, wyd. VI, Lex/el. 2015.

³⁸ Art. 6 ust. 1 lit. f RODO.

³⁹ P. Litwiński, Art. 6, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz, Legalis/el. 2017.

⁴⁰ Np. w wersji angielskiej: „The processing of personal data for direct marketing purposes may be regarded as carried out for a legitimate interest”.

⁴¹ Test równowagi jest metodą oceny możliwości zastosowania przesłanki prawnie usprawiedliwionego interesu zgodnie z opinią 6/2014 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych w sprawie pojęcia prawnie uzasadnionych interesów administratora danych na mocy artykułu 7 dyrektywy 95/46/WE, 844/14/EN WP 217. Rozważania te jednak obejmowały już projektowane wówczas RODO. Po 25.5.2018 r. Grupa Robocza Art. 29 została zastąpiona przez Europejską Radę Ochrony Danych (art. 68 RODO).

⁴² Tak np. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych..., Lex/el. 2015; W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁴³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Art. 23, [w:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych..., Lex/el. 2015

⁴⁴ P. Litwiński, Art. 13, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

⁴⁵ P. Litwiński, Art. 6, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

wziąć ten przepis szczególnie pod uwagę oraz nie wysłać dzieciom na ich adresy e-mailowe, które często przecież posiadają, swoich newsletterów. Unijny prawodawca podkreśla ten fakt w motywie 38 preambuły RODO, wskazując, że dzieci wymagają szczególnej ochrony danych osobowych, ponieważ mogą one być mniej świadome ryzyka, konsekwencji, zabezpieczeń i praw przysługujących im w związku z przetwarzaniem danych osobowych. W motywie tym podkreśla się, że taka szczególna ochrona powinna mieć zastosowanie przede wszystkim do wykorzystywania danych osobowych dzieci do celów marketingowych lub do tworzenia profili osobowych lub profili użytkownika oraz do zbierania danych osobowych dotyczących dzieci, gdy korzystają one z usług skierowanych bezpośrednio do nich.

Newsletter jako usługa, na świadczenie której zawarto umowę

Choć do legalizacji przetwarzania danych osobowych wystarczy spełnienie tylko jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 6 RODO przesłanek, zdarza się, że jednocześnie występują stany faktyczne, w których zastosowanie znajdzie równolegle więcej niż jedna przesłanka⁴⁶. Wydaje się, że można także przyjąć, iż będzie tak i w tym przypadku. Wszak subskrybent, wypełniając formularz rejestracyjny w celu otrzymania newsletteru oraz składając odpowiednie oświadczenia woli, o których mowa w niniejszym artykule, niejako zawiera z nadawcą newslettera umowę o świadczenie usług.

Przedmiotem tej umowy jest właśnie przysyłanie mu przez nadawcę (usługodawcę) informacji handlowych drogą elektroniczną. Subskrybent w zamian za tę usługę nie spełnia świadczenia pieniężnego, jednak wydaje się, że swoistą zapłatą za nią jest udostępnienie nadawcy swoich danych osobowych. Wykonanie tej usługi stwarza jednak korzyści dla obu stron umowy – nadawca może zachęcić subskrybenta do nabywania jego towarów lub usług, odbiorca z kolei ma możliwość dowiedzenia się jako pierwszy o aktualnej ofercie przedsiębiorcy, którego towary bądź usługi lubi, a często także może poprzez newsletter uzyskać dodatkowe promocje i rabaty.

Zgodnie natomiast z art. 6 ust. 1 lit. b RODO autonomiczną i równorzędną innym przesłanką legalizacyjną jest niezbędność przetwarzania do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy. W tym przypadku zastosowanie znajdzie przesłanka wskazana w pierwszej części tego przepisu, czyli konieczność przetwarzania danych do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą. Naturalnie zakres przetwarzanych danych osobowych powinien pozostawać w bezpośrednim związku z realizacją praw lub obowiązków wynikających

z umowy⁴⁷. A zatem w przypadku obowiązku wysłania newslettera nadawca (który zapewne będzie jednocześnie administratorem danych osobowych) będzie mógł przetwarzać w tym celu tylko te dane, które pozostają w związku z wysłanką e-maila do subskrybenta. W innym przypadku nie zostanie spełniona przesłanka niezbędności przetwarzania.

Profilowanie oraz przetwarzanie szczególnej kategorii danych a wysyłka newslettera na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f lub b RODO

Warto także podkreślić, że zgoda osoby, której dane są przetwarzane, w wielu przypadkach nie będzie wymagana nawet wtedy, gdy newsletter będzie jej dostarczany na bazie profilowania. Zgodnie z art. 4 pkt 4 RODO profilowanie to dowolne zautomatyzowane przetwarzanie danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się.

W dzisiejszych czasach coraz więcej przedsiębiorców chce trafić ze swoją ofertą jak najbardziej w gusta konsumentów. Aby ich marketing był jeszcze bardziej skuteczny, bazuje on właśnie na profilowaniu, choćby dostarczając adresatom newslettera oferty ludzaco podobne do tych, które ostatnio oglądali na stronach danego przedsiębiorcy. Nie przypadkiem użytkownicy serwisu Booking.com co kilka dni dostają e-maile z atrakcyjnymi ofertami noclegów w mieście, w którym ostatnio szukali zakwaterowania na stronach serwisu. Nie przypadkiem też Zalando, przysyłając subskrybentom swojego newslettera informacje o wyjątkowej, dostępnej tylko do jutra, ofercie promocyjnej, ilustruje ją zdjęciami torebek, które użytkowniczka ostatnio przeglądała w e-sklepie odzieżowego potentata, z żalem powstrzymując się od ich kupna.

Jak podkreśla Grupa Robocza Art. 29 ds. Ochrony Danych, do ogólnego profilowania – czyli takiego, które nie jest związane z zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji i nie wywołuje wobec osoby, której dane są przetwarzane, skutków prawnych lub w podobny sposób istotnie na nią nie wpływa – znajdują zastosowanie ogólne przesłanki legalizujące przetwarzanie, o których mowa w art. 6 RODO⁴⁸.

⁴⁶ W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielik-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Guidelines of Article 29 Working Party on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, 17/EN WP 251.

W przypadku profilowanego newslettera, którego wysyłka z ogromnym prawdopodobieństwem nie wpływa istotnie na subskrybenta, zastosowanie znów może zatem znaleźć przesłanka usprawiedliwionego interesu z art. 6 ust. 1 lit. f RODO lub przesłanka niezbędności przetwarzania w celu wykonania umowy, o której mowa w art. 6 ust. 1 lit. b RODO. Naturalnie i w tym przypadku administrator przetwarzający na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO powinien przeprowadzić test równowagi⁴⁹. Aby ustalić, czy marketing bezpośredni oparty na profilowaniu nie narusza praw osoby, której dane są przetwarzane, należy także upewnić się, czy w danych okolicznościach osoba ta uznałaby działania administratora danych za postępowanie do przyjęcia⁵⁰. Inaczej mówiąc, profilowanie w marketingu bezpośrednim, tak jak marketing bezpośredni w ogólności, będą dozwolone na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f, jeśli subskrybenci mają rozsądne przesłanki, by spodziewać się przetwarzania ich danych⁵¹. Przykładowo pizzeria może skutecznie powołać się na tę przesłankę, jeśli po zamówieniu przez klientkę pizzy poprzez mobilną aplikację wysła jej na adres e-mail kupony rabatowe na ten sam rodzaj pizzy⁵². W doktrynie wskazuje się bowiem, że w dzisiejszych czasach nie jest niczym nadzwyczajnym fakt, że przedsiębiorca będzie chciał zaproponować klientom kolejne zakupy⁵³.

Należy także odnotować, że do celów marketingu bezpośredniego administratora czy podmiotu trzeciego nie można na podstawie usprawiedliwionego interesu przetwarzać szczególnych kategorii danych osobowych, czyli danych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby⁵⁴. Danych tych nie można również przetwarzać na podstawie przesłanki jego niezbędności do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane wrażliwe dotyczą. W art. 9 ust. 2 RODO osobno reguluje się podstawy przetwarzania tychże danych i na próżno szukać w nim podstawy opartej na usprawiedliwionym interesie administratora bądź osoby trzeciej oraz podstawy opartej na konieczności przetwarzania w celu wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą. O ile wysyłając prosty newsletter trudno o przetwarzanie tychże wrażliwych danych, o tyle marketing oparty na profilowaniu na podstawie danych wrażliwych może nastąpić. Trzeba podkreślić, że na taki proceder nie ma zgody unijnego prawodawcy. Przykładowo apteka internetowa, chcąc przysyłać oferty specyfików przeznaczonych na dolegliwości podmiotów danych, o których informacje posiada w swoich systemach, mogłaby to zrobić, posiadając wyraźną zgodę na takie przetwarzanie danych w celach dostarczania newslettera. Wówczas mogłaby dokonywać profilowania na podstawie przesłanki z art. 9 ust. 2 lit. a RODO, według której zakaz

przetwarzania szczególnej kategorii danych nie obowiązuje, jeśli osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić tego zakazu.

Konieczność uczynienia zadość obowiązkom informacyjnym

Nawet jeśli do przetwarzania danych osobowych do celów wysyłki newslettera co do zasady może dojść bez konieczności pozyskania zgody osoby, której dane osobowe są przetwarzane – wszak można przyjąć, że newslettery profilowane przy użyciu danych wrażliwych nie stanowią imponującego odsetka codziennie wysyłanych setek tysięcy newsletterów – trzeba pamiętać, że RODO nakłada liczne obowiązki informacyjne, którym administrator powinien uczynić zadość podczas pozyskiwania danych osobowych⁵⁵. W przypadku newsletterów będzie to musiało nastąpić w momencie podawania przez osobę odpowiednich danych oraz wyrażania zgód, o których mowa w art. 10 ŚwUsłElekU i art. 172 PrTelU. Chętnych do otrzymywania newslettera nie powinna zatem dziwić (choć z pewnością będzie mogła irytować) długa lista z pozoru niepotrzebnych informacji, o których mogą sobie oni przypomnieć w momencie, gdy uznają, że ktoś przetwarzając dane osobowe, narusza ich prawa.

Oferując newsletter na podstawie klauzuli usprawiedliwionego celu, czyli art. 6 ust. 1 lit. f RODO, bądź na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b. RODO, czyli w wykonaniu umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną, warto szczególnie zwrócić uwagę na obowiązek przetwarzającego poinformowania osoby, której dane dotyczą, jakie to prawnie usprawiedliwione interesy zbierającego dane lub podmiotu trzeciego pozwalają na przetwarzanie danych na tejże podstawie prawnej⁵⁶. W przypadku wysyłki newsletteru na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO należy wskazać osobie, której dane dotyczą, że prawnie usprawiedliwionym interesem administratora danych jest chęć promowania jego produktów⁵⁷. Oferując newsletter oparty na profilowaniu jako celu przetwarzania

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Opinia 6/2014 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych w sprawie pojęcia prawnie uzasadnionych interesów administratora danych na mocy art. 7 dyrektywy 95/46/WE, 844/14/EN WP 217.

⁵¹ Motyw 47 preambuły RODO.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ W. Chomiczewski, D. Lubasz, Art. 6, [w:] E. Bielik-Jomaa, D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne..., Lex/el. 2018.

⁵⁴ Art. 9 ust. 1 RODO.

⁵⁵ Art. 13 RODO.

⁵⁶ Art. 13 ust. 1 lit. d RODO.

⁵⁷ P. Litwiński, Art. 13, [w:] P. Litwiński (red.), Rozporządzenie UE..., Legalis/el. 2017.

powinno się także wskazać chęć dostosowania oferty do preferencji klienta.

Podsumowanie

Jak wskazano w niniejszym artykule, podmioty oferujące newsletter swoim subskrybentom potrzebują od nich rozłącznych zgód na przesyłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówionej informacji handlowej oraz na korzystanie z telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w celu prowadzenia marketingu bezpośredniego. Co do zasady nie jest natomiast wymagana osobna zgoda na

przetwarzanie danych osobowych osoby zapisującej się do newslettera. Dlaczego zatem tak wiele podmiotów oferujących newsletter prosi subskrybentów o wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych, choć najczęściej wcale nie jest ona wymagana przepisami prawa? Prawdopodobnie jedną z przyczyn jest niewiedza. Możliwe jednak, że administratorzy danych robią to niejako z ostrożności. Wydaje się jednak, że niekiedy żądanie zgody, w przypadku braku takiego wymogu w przepisach prawa, może spowodować konflikt między otrzymującym treści marketingowe a administratorem je wysyłającym oraz niepewność co do legalności przesyłania takich informacji.

Słowa kluczowe: newsletter, informacja handlowa, marketing bezpośredni, e-mailing, telekomunikacyjne urządzenia końcowe, zgoda, przetwarzanie danych osobowych, usprawiedliwiony interes administratora danych, profilowanie, komunikacja elektroniczna, Prawo telekomunikacyjne, RODO, świadczenie usług drogą elektroniczną

Consent(s) to receive commercial newsletter via email

Do we give one consent or a few separate consents to receive an email newsletter in accordance with the applicable law? Do we express it/them in an explicit way or in an implied manner? Subscribing to the newsletter, what exactly do we agree to? On what basis do different recipients receive different content from the same sender? Are consents from consumers usually collected in accordance with the applicable law? The aim of this article is to indicate what consents should entrepreneurs collect if they want to send their newsletters to consumers and how should they collect them legally, bearing in mind the fact that they often profile their subscribers. In fact, many of them send the newsletter contrary to legal regulations of which the recipients are usually unaware of. The author discusses the most important issues related to the lawful sending of an email newsletter with commercial information in the light of provisions in regard to providing services by electronic means, telecommunications law and personal data protection.

Keywords: newsletter, commercial information, direct marketing, emailing, telecommunication terminal equipment, consent, personal data processing, legitimate interest pursued by the controller, profiling, electronic communication, Telecommunications Law, GDPR, providing services by electronic means.



Monografie Prawnicze

Zamów:

tel. 22 31 12 222

www.ksiegarnia.beck.pl

