

Warszawa, 10.08.2021 r.

Czy przestanie zapytania o zgodę na marketing stanowi już działanie o charakterze marketingowym?

Pozyskiwanie zgód na działanie o charakterze marketingowym jest jednym z większych wyzwań każdego Działu Marketingu. W celu rozwoju i promocji swoich usług, każda firma (administrator danych) chciałaby, aby jej klient/użytkownik otrzymywał regularne powiadomienia o świadczonych przez organizację usługach. Dlatego też z perspektywy doradców prawnych trudno jest wytłumaczyć marketingowcom szereg obostrzeń prawnych, związanych ze zbieraniem ważnej zgody na przesyłanie informacji handlowej lub na wykonywanie połączeń telefonicznych o charakterze marketingowym.

Wspomniane kwestie wyraźnie regulują przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (w przypadku przesyłania niezamówionej informacji handlowej) oraz ustawy prawo telekomunikacyjne. Przepisy wskazują, że przesyłanie do użytkownika treści o charakterze marketingowym dozwolone jest wyłącznie w przypadku wyrażenia przez niego zgody. Co istotne, zgoda wyrażona na podstawie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz prawa telekomunikacyjnego musi spełniać przesłanki dla ważności zgody wskazanej w art. 4 RODO. Oznacza to, że zgoda zbierana w celach marketingowych musi być wyrażona przez użytkownika w sposób dobrowolny, konkretny, świadomy i jednoznaczny. Podstawa prawna oraz sposób odebrania zgody na otrzymywanie informacji o charakterze marketingowym nie budzą większych wątpliwości.

Coraz częściej jednak firmy wskazują na problem samego zapytania użytkownika o wyrażenie zgody. Czy sam komunikat z pytaniem o wyrażenie zgody marketingowej należy traktować jako informację handlową wskazaną w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną? Czy firma ma prawo wysyłać taką informację do użytkownika/klienta, od którego wcześniej nie zebrała zgody na przesyłanie informacji handlowej? Na wskazane pytania postaramy się odpowiedzieć w poniższym artykule. Temat nie jest jednoznaczny. Przepisy wprost nie regulują tej kwestii i pojawia się pewna luka prawna, którą próbują wykorzystać organizacje w swojej codziennej działalności.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną informacją handlową jest każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy. Jak wskazuje się w komentarzu do tej ustawy (red. Lubasz i Namysłowska, LexisNexis, 2011) informacją handlową będą wszelkie działania mające formę reklamy, marketingu bezpośredniego, sponsoringu i public relations. Autorzy ww. publikacji potwierdzają, że: *stwierdzenie, czy dane działanie ma charakter informacji handlowej, może jednak nastąpić dopiero w konkretnym stanie faktycznym po analizie całości kształtu przekazywania komunikatu*. I tutaj pojawiają się rozbieżne interpretacje organów w zakresie tego, czy zapytanie o przestanie marketingu stanowi informację handlową. Z jednej strony Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie wskazuje: *marketing bezpośredni służy informowaniu o możliwości bezpośredniego nabycia towarów lub usług oraz składania potencjalnym klientom propozycji zawarcia umów, tym samym nie obejmuje swym zakresem pojęciowym kontaktów z użytkownikami końcowymi podejmowanych celem informowania o działalności przedsiębiorcy bez składania mu oferty handlowej i propozycji zawarcia umowy przez telefon*.¹

¹ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2016 r., o sygn. akt VII C 523/16.

Co istotne cytowany wyrok dotyczył możliwości zapytania o zgodę na marketing za pomocą telekomunikacyjnych urządzeń końcowych. Nie zmienia to jednak faktu, że Sąd wyraźnie wskazał, że marketing bezpośredni jest działaniem informującym wprost o możliwości nabycia towaru, usług lub składaniem potencjalnym klientom propozycji umów. Idąc tym tokiem rozumowania Sądu, informacja zawierająca w sobie neutralne pytanie o zgodę na dostarczanie informacji handlowych nie może być traktowane jako marketing bezpośredni.

Zdanie to podziela również Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W piśmie skierowanym do SABI² z dnia 21.10.2015 r.³ wskazał, że posłużenie się danymi kontaktowymi (w postaci adresu e-mail lub numeru telefonu) dla zainicjowania kontaktu w celu uzyskania zgody osoby fizycznej należy uznać za dopuszczalny. Jednocześnie należy wskazać, że odmienne stanowisko w tej kwestii zaprezentował Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W decyzji⁴ z dnia 30 maja 2019 r. nr. DOZIK 3/2019 stwierdził, że za marketing bezpośredni należy uznać już samo zapytanie osobę fizyczną o zgodę na marketing bezpośredni. Organy więc mają odmienny punkt widzenia na analizowany materiał. Wyroki Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe czy stanowisko Prezesa UKE stanowią jednak mocne argumenty za przyjęciem, że zapytanie o zgodę na marketing jest działaniem dozwolonym pod względem prawnym. A to z kolei utrudnia udzielenie jednoznacznej odpowiedzi co do dopuszczalności kierowania takich zapytań, biorąc pod uwagę argumenty „po drugiej stronie”, czyli chociażby wyżej wspomniane stanowisko Prezesa UOKiK.

Podsumowując powyższe, w mojej ocenie wyżej powołany wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe czy stanowisko Prezesa UKE traktują zapytanie o zgodę na przesyłanie informacji handlowych co do zasady w kategorii „dozwolone”, jednak należy pamiętać też o innych poglądach, jak np. zdanie Prezesa UOKiK. Firmy skłaniające się w stronę stanowiska Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe oraz stanowiska Prezesa UKE powinny jednak pamiętać, aby ewentualna wysyłka zapytań o wyrażenie zgody odbywała się pod pewnymi warunkami, które pomogą zminimalizować ewentualne ryzyko prawne, tj.

- a) Komunikat powinien mieć charakter jak najbardziej neutralny i dotyczyć wyłącznie zapytania o zgodę. Nie należy w komunikacie o zapytanie, jednocześnie zawierać informacji o charakterze marketingowym.
- b) W przypadku braku odpowiedzi lub odpowiedzi negatywnej, ponowne zapytanie o zgodę nie powinno mieć miejsca.

Nie zmienia to faktu, że za każdym razem administrator danych powinien pamiętać, że kwestia ta nie jest wprost uregulowana w przepisach. Interpretacja organów nadzorczych może być za każdym razem inna – w zależności od wszystkich okoliczności sprawy. Dlatego też, podejmując decyzję o pytaniu o zgodę na przesyłanie informacji handlowych, firma powinna zaakceptować pewien stopień ryzyka prawnego.

Maciej Łukasiewicz, Specjalista ds. ochrony danych osobowych w iSecure Sp. z o.o.

² SABI - Stowarzyszenie Administratorów Bezpieczeństwa Informacji.

³ Pełna treść pisma: https://sabi.org.pl/attachments/File/do_pobrania/UKE-2015/odpowiedz-UKE-21-10-2015.pdf

⁴ Pełna treść decyzji:

https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15607&news_page=2,%20https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15472