

Wangiri, marketing bezpośredni i prawo telekomunikacyjne

Piotr Waglowski

Japonię zalała fala „wangiri”. Cóż kryje się pod tą enigmatyczną nazwą? „Wangiri” to proceder polegający na wykorzystaniu automatycznego urządzenia wywołującego (z reguły komputera wraz ze specjalnym oprogramowaniem) podłączonego do sieci telekomunikacyjnej, które inicjuje pojedynczy sygnał wywołania abonenta (użytkownika), jednak po tym sygnale automat „odkłada słuchawkę”. W praktyce efekt jest taki, jakby ktoś próbował się z nami skontaktować, jednak zrezygnował „po pierwszym dzwonku” telefonu. Automatyczne urządzenia generują listy numerów, z których część okazuje się faktycznie istniejącymi numerami telefonicznymi. Jeśli sygnał inicjujący zostanie skierowany do urządzenia końcowego (aparat telefoniczny) wyposażonego w funkcję identyfikowania numeru, z którego dokonano próby uzyskania połączenia – zostawia ślad w postaci komunikatu o połączeniu nieodebranym.



Piotr Waglowski

Autor serwisu VaGla.pl
Prawo i Internet, Członek
Zarządu Internet Society
Poland. Jest słuchaczem
studiów doktoranckich
prowadzonych w Instytucie
Nauk Prawnych Polskiej
Akademii Nauk. Pełni
funkcję Głównego
Konsultanta Polskiej Izby
Informatyki i
Telekomunikacji

Użytkownicy z reguły odpowiadają na tego typu próby nawiązania połączenia (oddzwaniają) i może się okazać, iż spotka ich niespodzianka. Oto sami nawiązują połączenie z numerem, z którym wiąże się przykładowo podwyższona opłata (PRS¹). Pojęcie „wangiri” stanowi kombinację angielskiego słowa „one” (pojedynczy) wymawianego z japońska „wan” oraz japońskiego słowa „kiru” (odcięcie się). W Japonii skala zjawiska była tak duża, iż przedstawiciele japońskiego resortu łączności zaproponowali, by tego typu działalność zagrożona była karą do roku pozbawienia wolności oraz grzywna do miliona jenów².

¹ PRS: ang. Premium Rate Services.

² "Wangiri" callers face 1-year jail term; 16 października 2002 roku; Japan Today:
<http://www.japantoday.com/gidx/news234658.html>

„Wangiri” z jednej strony może stanowić nieuczciwą praktykę rynkową powodującą wprowadzenie konsumenta w błąd, z drugiej stanowi inwazję w sferę prywatności abonenta czy użytkownika telefonu. Tego typu praktyka na gruncie ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być uznana za delikt nieuczciwej konkurencji³. Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z tą regulacją jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Może być również uznana za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

W związku z rozwojem technik komunikacyjnych pojawiają się wciąż nowe zjawiska. Warto tu wskazać np. doniesienia o pojawieniu się nowego „konia trojańskiego⁴” pod nazwą Delf-HA, który po zainfekowaniu komputera zaczyna wysyłać wiadomości SMS⁵ na telefony komórkowe i w ten sposób stara się reklamować różne serwisy i usługi⁶. Delf-HA wykorzystuje do tego celu rosyjski serwis internetowy, umożliwiający wysyłanie wiadomości e-mail na telefony komórkowe. Również w tym przypadku mamy do czynienia z zaprogramowanym automatem, który bez bezpośredniej ingerencji człowieka⁷ inicjuje wysłanie określonego komunikatu. Numer telefonu, na jaki wysyłany jest komunikat, generowany jest przez specjalne oprogramowanie.

Analizując na łamach kwartalnika Prawo i ekonomia w telekomunikacji problem niechcianych i niezamawianych komunikatów przesyłanych drogą elektroniczną (*spam*) w działalności politycznej wyraziłem pogląd, iż *„warto postulować uregulowanie materii antyspamowych w administracyjnoprawnych przepisach ustawy prawo telekomunikacyjne (ze względu na globalny i podstawowy charakter techniczny tej regulacji) - nie tylko działający przeciwko spamowi mającemu charakter informacji handlowej czy będącemu posłużeniem się nowoczesną techniką do złożenia propozycji zawarcia umowy z konsumentem na odległość, ale we wszystkich przypadkach naruszenia prywatności za pomocą środków komunikacji*

³ por. P. Waglowski, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji [w] A. Tubielewicz (red.) Problemy Informatyki w Zarządzaniu, Wydział Zarządzania i Ekonomii Politechniki Gdańskiej; Gdańsk 2003, str. 83 - 108; artykuł dostępny w Internecie, pod adresem: http://www.vagla.pl/skrypts/spam_delikt_nieuczciwej_konkurencji.pdf

⁴ Oprogramowanie pozwalające na przejęcie kontroli nad komputerem nieświadomej ofiary i w efekcie na wykorzystywanie takiego komputera np. do popełniania przestępstwa.

⁵ SMS: ang. Short Message Service.

⁶ D. Cieślak, SMS od trojana, PC World Komputer, 10 listopada 2004, notatka dostępna w Internecie pod adresem: <http://www.idg.pl/news/72354.html>

⁷ Aczkolwiek takiej ingerencji można upatrywać na etapie tworzenia oprogramowania.

*elektronicznej*⁸. Czy zatem w nowej polskiej ustawie Prawo telekomunikacyjne znajdziemy regulacje, pozwalające na skuteczną walkę z falą niezamówionych i niechcianych komunikatów przesyłanych drogą elektroniczną?

Nowa ustawa Prawo telekomunikacyjne została przyjęta w związku z reformą regulacji europejskich dotyczących zagadnień telekomunikacyjnych. Na kształt polskiej regulacji wpłynęły podstawowe definicje zawarte w dyrektywie ramowej⁹, dyrektywie dostępowej¹⁰, dyrektywie o usłudze powszechnej¹¹ i dyrektywie o prywatności¹², a także – co podkreślają autorzy uzasadnienia projektu ustawy – pojęcia zdefiniowane w polskim kodeksie cywilnym, ustawie o radiofonii i telewizji i ustawie o systemie oceny zgodności. W projekcie (a następnie w ustawie) nie posłużono się stosowanym przez dyrektywy pojęciem komunikacji elektronicznej. Jak czytamy w uzasadnieniu przedłożenia rządowego: w trakcie prac nad projektem oraz zakresem pojęcia komunikacji elektronicznej stwierdzono bowiem, że jest ono tożsame ze stosowanym w polskim systemie prawnym szerokim ujęciem pojęcia telekomunikacji.

Podobnie jak ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, ustawa Prawo telekomunikacyjne implementuje na grunt ustawodawstwa krajowego regulacje Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej¹³. Dyrektywa wymaga od Państw Członkowskich zapewnienia osobom fizycznym praw i wolności w zakresie przetwarzania danych osobowych¹⁴, oraz prawa do prywatności. Ze względu na wprowadzanie w publicznych sieciach łączności nowych, zaawansowanych technologii cyfrowych oraz biorąc pod uwagę pojawianie się coraz to nowych usług komunikacji elektronicznej,

⁸ P. Waglowski, Spam polityczny (część druga), Prawo i ekonomia w telekomunikacji nr 3/2004 str. 78.

⁹ Dyrektywa 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram prawnych dla sieci i usług łączności elektronicznej.

¹⁰ Dyrektywa 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz ich łączenia.

¹¹ Dyrektywa 2002/22/WE w sprawie usług powszechnych i praw użytkowników odnoszących się do sieci i usług łączności elektronicznej.

¹² Dyrektywa 2002/58/WE w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej.

¹³ Dz. Urz. WE L 201 z 31.7.2002, str. 37 i n.

¹⁴ Por. P. Fajgielski, Ochrona danych osobowych w telekomunikacji – aspekty prawne, Lublin 2003.

uzasadnionym było dostosowanie polskiego systemu prawnego w zakresie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności do nowej sytuacji.

Artykuł 13 Dyrektywy 2002/58/WE, który w polskich tłumaczeniach nosi czasem tytuł „Połączenia nie proszone” przewiduje, że „wykorzystywanie automatycznych systemów wywołujących bez ludzkiej ingerencji (aparaty automatycznie wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej dla celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę” (w ten sposób zaproponowano model „opt-in”). Jednocześnie zaproponowano w ustępie drugim inny model (model „opt-out”), w którym klient - użytkownik, który początkowo nie sprzeciwił się wykorzystaniu elektronicznych danych kontaktowych do celów marketingu bezpośredniego własnych, podobnych produktów lub usług oferującego, miał możliwość w sposób bezpłatny, prosty, jasny i wyraźny zgłoszenia sprzeciwu wobec takiego wykorzystania zebranych danych (i to w każdym przypadku, gdy komunikat - oferta zostaje wysłana do takiego klienta w przyszłości). Dyrektywa przewiduje jedynie te dwa modele zamówienia komunikatów, zaś wybór pozostawia ustawodawstwu krajowemu. W każdym jednak przypadku wysyłany komunikat (komercyjny) związany z działaniami w obszarze marketingu bezpośredniego powinien ujawniać tożsamość nadawcy, na rzecz którego wiadomość zostaje wysłana oraz wskazywać ważny (aktualny) adres, pod który odbiorcy mogą wysłać żądanie, aby tego rodzaju komunikacja nie była kontynuowana. Na mocy tej regulacji państwa członkowskie mają zapewnić również, aby w związku z niezamawianą i niechcianą komunikacją chronione były również uzasadnione interesy abonentów nie będących osobami fizycznymi (co stanowi wyjście poza materię ochrony danych osobowych, o której możemy mówić jedynie w przypadku danych dotyczących osób fizycznych).

W procesie implementacji regulacji unijnych, w artykule 10 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną znalazł się zakaz przesyłania niezamówionej informacji handlowej¹⁵ skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Na gruncie tej ustawy informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca

¹⁵ Na temat pojęcia informacji handlowej porównaj: P. Waglowski, Informacja handlowa w komunikacji elektronicznej, Prawo i ekonomia w telekomunikacji nr 3/2003 str. 26.

wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny¹⁶. Złamanie ustawowego zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Na podstawie art. 24 przywoływanej ustawy stanowi również wykroczenie zagrożone karą grzywny.

Stosowanie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną napotyka na wiele trudności. W moim odczuciu projektodawcom tej regulacji nie udało się uzyskać (wbrew teżom uzasadnienia projektu ustawy) klarownej regulacji dotyczącej modelu *opt-in*, dotyczącej niezamówionej informacji handlowej¹⁷. Uzasadnieniem takiego twierdzenia jest wyłączenie (wobec braku tożsamości pojęć usługobiorca oraz odbiorca) możliwości stosowania reguł przewidzianych w art. 4 omawianej ustawy do zgody odbiorców niezamówionej informacji handlowej oraz możliwość wyinterpretowania takiej zgody na gruncie całokształtu okoliczności, w szczególności z milczenia odbiorcy informacji na gruncie art. 60 kodeksu cywilnego. Postanowienia ustawy dotyczące możliwości identyfikowania określonego odbiorcy informacji przez udostępniony przez niego adres elektroniczny, są niespójne wobec ustawowej definicji tego ostatniego pojęcia (oznaczenie systemu teleinformatycznego). Problemów interpretacyjnych przysparza również użycie w definicji informacji handlowej pojęcia promocja „wizerunku”, który w efekcie zyskuje inne znaczenie niż to, które przyjęte jest do tej pory na gruncie prawa cywilnego (przepisy o ochronie dóbr osobistych) oraz prawa autorskiego. W końcu należy stwierdzić, że omawiane regulacje nie chronią użytkowników (odbiorców, konsumentów czy usługobiorców) przed zalewem niechcianej korespondencji elektronicznej, niemającej charakteru handlowego¹⁸. Co warto w tym miejscu zauważyć, zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy o

¹⁶ O problemie interpretacyjnym (i faktycznym) związanym z możliwością identyfikowania użytkownika poprzez adres elektroniczny, rozumiany jako oznaczenie systemu teleinformatycznego por. P. Waglowski, Adres elektroniczny [w] J. Kisielnicki, J. K. Grabara, J. S. Nowak (red.) Informatyka w gospodarce globalnej - problemy i metody. Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa-Szczyrk 2003, str. 469

¹⁷ Przeciwnie: J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz. Zakamycze 2004, str. 274: „...*W ten sposób polski ustawodawca przyjął konstrukcję opt-in, zgodnie z którą możliwość przesyłania informacji handlowych uzależniona jest od uprzedniej zgody odbiorcy...*”. Por. również uwagi X. Konarski, Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Warszawa 2004, str. 114: „...*Wykładnia przepisu art. 10 wywołuje szczególne trudności interpretacyjne. Kontrowersje budzi już sama ocena, czy przepis ten stanowi implementację dyrektywy 2000/31/WE, czy dyrektywy 2002/58/WE...*”.

¹⁸ Por. szczegółowe uwagi w P. Waglowski, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji... op. cit.

świadczeniu usług drogą elektroniczną przepisów tej ustawy nie stosuje się do świadczenia przez operatora usług telekomunikacyjnych polegających na przekazywaniu danych lub sygnałów między zakończeniami sieci telekomunikacyjnej, jeżeli przekaz ten dokonywany w ramach tzw. zwykłego przesyłu¹⁹.

W polskiej ustawie Prawo telekomunikacyjne znalazł się przepis artykułu 172, który, podobnie jak art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, stanowi próbę implementacji zapisów dyrektywy na grunt ustawodawstwa polskiego. Jak się wydaje, ustawodawca uznał, iż ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie w pełni czyniła zadość wymogom unijnym. Zgodnie z ustępem pierwszym artykułu 172 ustawy prawo telekomunikacyjne: zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę. Ustęp drugi cytowanego przepisu stwierdza zaś, iż powyższa regulacja nie narusza zakazów i ograniczeń dotyczących przesyłania niezamówionej informacji handlowej wynikających z odrębnych ustaw, w szczególności chodzi o art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz art. 24 tej ustawy. Ustawodawca uznał, że składanie ofert za pomocą faxów uregulowane jest już w art. 6 ust. 3 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny. Przepis ten, zmieniony przez art. 27 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, otrzymał nowe brzmienie, wedle którego posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą konsumenta.

W efekcie implementacja jednego z artykułów dyrektywy o ochronie prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej znajduje się w trzech odrębnych obszarach prawa krajowego: w ustawie o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną i wreszcie w nowej ustawie Prawo

¹⁹ Zasady tego przesyłu określone są m.in. w art. 12 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i dotyczą sytuacji, w których transmitujący dane nie jest ich inicjatorem, nie wybiera również odbiorcy danych, a także nie usuwa ani nie modyfikuje danych będących przedmiotem transmisji

telekomunikacyjne. Na co warto zwrócić uwagę – art. 6 ust. 3 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny posługuje się pojęciem automatycznego urządzenia wywołującego, zaś art. 172 ustawy prawo telekomunikacyjne mówi już o automatycznych systemach wywołujących. Również cel działania tych urządzeń czy systemów jest inny. W ustawie konsumenckiej jest nim złożenie propozycji zawarcia umowy, w prawie telekomunikacyjnym celem jest marketing bezpośredni.

Według definicji Amerykańskiego Stowarzyszenia Marketingu marketing to „proces planowania i wdrażania koncepcji, obejmującej cenę, promocję i dystrybucję idei, dóbr lub usług w celu stworzenia transakcji wymiany, która zaspokoi cele indywidualne oraz organizacyjne²⁰”. Według J. Carmana i K. Uhla, „marketing jest procesem społeczno - gospodarczym mającym na celu poznanie przyszłej struktury popytu na produkty lub usługi oraz zaspokajanie go poprzez kreowanie podaży, przekazywanie informacji nabywcom, dostarczanie wytworzonych dóbr w odpowiednim miejscu i czasie, a także ich zrealizowanie²¹”. E. Kelly definiuje marketing jako „proces gospodarczy, w ramach którego struktura popytu na dobra i usługi jest antycypowana i zaspokajana poprzez innowację, aktywizację sprzedaży oraz wymianę dóbr i usług²²”. N. Hill zaś twierdzi, że marketing to „twórczy proces polegający na identyfikacji i zyskownym zaspokajaniu potrzeb konsumenta, dzięki dostosowaniu sił przedsiębiorstwa do warunków rynkowych²³”. P. Kotler uważa natomiast, że marketing jest funkcją gospodarczą, która polega na identyfikowaniu i kształtowaniu preferencji odbiorców, określaniu jaką potrzebę firma jest w stanie zaspokoić najlepiej, zaprojektowaniu produktów lub usług w sposób zapewniający przewagę konkurencyjną. W jakim znaczeniu polski ustawodawca użył pojęcia marketingu bezpośredniego w przepisie prawa telekomunikacyjnego? Jak się wydaje zastosowano tu mechanizm implementacyjny polegający na bezpośrednim przetłumaczeniu zapisu dyrektywy (ang. *for the purposes of direct marketing*) wbrew deklaracji projektodawców wyrażonej w uzasadnieniu, iż nowa ustawa czerpie z aparatu pojęciowego dotychczasowego prawodawstwa krajowego.

²⁰ P. Bennett, Dictionary of Marketing Terms, wyd.2, NTC Publishing Group, Lincolnwood, IL 1995 s.166.

²¹ T.Kramer, Marketing, AE w Katowicach, Katowice 1983, s.17.

²² E. J. Kelly, Marketing. Strategy and Functions, Prentice Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1965, s.17.

²³ N. Hill, Introduction to marketing, BEP Ltd., Tyne&wear, 1989, s.5.

Pojęcie marketingu bezpośredniego nie jest w polskim ustawodawstwie sprecyzowane czy zdefiniowane (podobnie jak pojęcie marketingu jako takiego). Przyjmuje się, że marketing bezpośredni jest jedną z części składowych pojęcia „promocja”. Promocja w rozumieniu marketingowym składa się z tzw. *Promotion mix*, a więc z reklamy, marketingu bezpośredniego, promocji sprzedaży, *public relations* (PR) i sprzedaży osobistej. Co prawda szereg ustaw posługuje się różnymi pojęciami z tego obszaru, lecz robi to niekonsekwentnie. Nie ma ogólnej, legalnej definicji reklamy. Za podstawową definicję uważa się tę, która zawarta jest w art. 4. ust. 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji: reklamą jest każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia.

Pojęcie „reklamy wyrobów tytoniowych” zdefiniowane jest w art. 2. pkt 5 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych. Zgodnie z definicją termin ten oznacza publiczne rozpowszechnianie wizerunków marek wyrobów tytoniowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych firm produkujących wyroby tytoniowe, nie różniących się od nazw i symboli graficznych wyrobów tytoniowych, służących popularyzowaniu marek wyrobów tytoniowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy firmami zajmującymi się produkcją, dystrybucją i handlem wyrobami tytoniowymi. Ta sama ustawa definiuje pojęcie „promocji wyrobów tytoniowych” jako publiczne rozdawanie wyrobów tytoniowych lub rekwizytów tytoniowych, organizowanie degustacji, premiowanej sprzedaży wyrobów tytoniowych, konkursów opartych na zakupie wyrobów lub rekwizytów tytoniowych oraz inne formy publicznego zachęcania do nabywania lub używania wyrobów tytoniowych.

Na gruncie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi zdefiniowano pojęcie reklamy napojów alkoholowych. Termin ten oznacza publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców

produkcujących napoje alkoholowe, nie różniących się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, służące popularyzowaniu znaków towarowych napojów alkoholowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi (art 2¹ pkt. 3). Również ta ustawa zawiera definicję pojęcia „promocja napojów alkoholowych”, które oznacza publiczną degustację napojów alkoholowych, rozdawanie rekwizytów związanych z napojami alkoholowymi, organizowanie premiowanej sprzedaży napojów alkoholowych, a także inne formy publicznego zachęcania do nabywania napojów alkoholowych z wyłączeniem konkursów opartych na zakupie napojów alkoholowych.

Wreszcie wspomniana ustawa przewiduje, że „informowanie o sponsorowaniu” to prezentowanie informacji zawierającej nazwę sponsora lub jego znak towarowy w związku ze sponsorowaniem. (art. 2¹ pkt. 5). Samo „sponsorowanie” to wedle tej ustawy bezpośrednio lub pośrednio finansowanie lub współfinansowanie działalności osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej dla upowszechniania, utrwalania lub podniesienia renomy nazwy, producenta lub dystrybutora, znaku towarowego lub innego oznaczenia indywidualizującego przedsiębiorcę, jego działalność, towar lub usługę (art. 2¹ pkt. 4). Na podstawie nowelizacji wspomnianej wyżej ustawy o radiofonii i telewizji zmieniono brzmienie art. 6 ust. 7. Tam też znajduje się definicja pojęcia „sponsorowanie”. Na gruncie tej ustawy sponsorowaniem jest bezpośrednio lub pośrednio finansowanie albo współfinansowanie tworzenia lub rozpowszechniania audycji lub innych przekazów, przez podmiot niebędący nadawcą lub producentem audycji, dla upowszechnienia, utrwalenia lub podniesienia renomy nazwy, firmy, towaru lub usługi, znaku towarowego lub innego oznaczenia indywidualizującego sponsora lub jego działalność. Jak widać – poszczególne definicje sponsorowania i reklamy na gruncie poszczególnych ustaw nie są tożsame²⁴. Tam gdzie występuje zakaz reklamy niekoniecznie musi występować zakaz rozpowszechniania informacji handlowej czy zakaz sponsorowania²⁵.

²⁴ Zwraca na to również uwagę X. Konarski, *Internet i prawo w praktyce*, Warszawa 2002, str. 135

²⁵ *Ibidem*, str. 139

Wpływów marketingowego pojęcia „promocji wizerunku” (*public relations*) można doszukać się w legalnej definicji pojęcia „informacja handlowa” znajdującej się w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną²⁶. Jednak – co zostało wskazane wyżej – pojęcie wizerunku na gruncie odrębnych przepisów, w szczególności kodeksu cywilnego czy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych²⁷, a także na gruncie orzecznictwa²⁸ związanego z tymi przepisami ma zdecydowanie inne znaczenie, w żaden sposób nie korespondujące ze znaczeniem marketingowym.

Wzajemne relacje poszczególnych pojęć z zakresu marketingu były już przedmiotem orzecznictwa. Sąd Najwyższy uznał na przykład, że rozpowszechnianie przez przedsiębiorcę informacji, iż jest on wyłącznym dystrybutorem danego towaru nie stanowi reklamy. Wyłączona jest tym samym możliwość zakwalifikowania takiego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zwłaszcza reklamy wprowadzającej w błąd²⁹. Teraz ustawa prawo telekomunikacyjne zaczęła posługiwać się kolejnym, nieprecyzyjnym terminem marketingowym, nie wyjaśniając w żaden sposób jego znaczenia. Już chociażby dlatego zakaz „używania automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego” będzie zakazem martwym, chyba że z czasem doktryna wypracuje znaczenie tego pojęcia. Póki co, abonenci lub użytkownicy końcowi będą wyrażali uprzednio zgodę na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a na podstawie art. 174 ustawy Prawo telekomunikacyjne zgoda ta: 1) nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści; 2) może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i

²⁶ *Informacja handlowa to każda informacja przeznaczona 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 usługi (art. 2 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną).*

²⁷ Wizerunek pozostaje w pewnym związku z prawem do nazwiska i pseudonimu, jako elementu identyfikującego określoną postać, chociaż wymienionego w art. 23 k.c. jako odrębne dobro osobiste. Przepisy prawa autorskiego dodatkowo wspierają ochronę wizerunku. Wedle tych przepisów - rozpowszechnianie wizerunku co do zasady wymaga zgody osoby na nim przedstawionej.

²⁸ Porównaj: Wyrok Sądu Najwyższego z 25 maja 1977 r., I CR 159/77: „...*Nie jest bowiem wizerunkiem osoby prawnej ani wizerunek miejsca jej siedziby ani osób, wchodzących w skład jej organów, lub nawet całego zespołu itp., jej elementów (z osobna lub łącznie wziętych)*”

²⁹ I CKN 52/96 Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna, OSNC 1997/6-7 poz. 78, Glosa 1997/11 str. 30, Glosa 1998/1 str. 33, Przegląd Prawa Handlowego 2002/6 str. 45, Glosa 2002/9 str. 46

potwierdzenia przez użytkownika; 3) może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Zanim jednak dojdzie do wypracowania spójnego zakresu znaczeniowego wypada posługiwać się definicjami funkcjonującymi w dziedzinie marketingu. I tak: marketing bezpośredni wedle P. Kotleta to interakcyjny system marketingu, który korzysta z jednego lub więcej mediów reklamowych, by wywołać określoną odpowiedź oraz/ lub transakcję w dowolnym miejscu³⁰. Definicja ta nie przesądza o komercyjnym charakterze komunikacji marketingowej. Wszak określoną odpowiedzią pochodzącą od adresata komunikatu nie musi być zawarcie umowy czy zwiększenie u niego świadomości istnienia danej odpłatnej usługi lub oferowanego produktu. W tym znaczeniu o marketingu bezpośrednim można mówić również w przypadku promowania określonego kandydata lub poparcia dla sprawy w toku trwania politycznej kampanii wyborczej czy w działaniach lobbingowych. W tym znaczeniu marketing bezpośredni może być również stosowany przez inne podmioty niż przedsiębiorcy, w szczególności przez osobę nieposiadającą osobowości prawnej.

Czy praktyka „wangiri” będzie deliktem nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną? Innymi słowy czy będzie to przesłanie niezamówionej informacji handlowej drogą elektroniczną? Próba nawiązania połączenia stanowi *de facto* wysłanie za pomocą sieci telekomunikacyjnej kilku istotnych informacji. Urządzenie końcowe rejestruje czas (date i godzinę), w którym dokonano próby inicjacji połączenia, rejestruje również numer zakończenia sieci, z której połączenie inicjowano³¹. Jak się jednak wydaje – będą to informacje umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a więc informacje wyłączone z zakresu pojęcia informacji handlowej przez ustawodawcę. Będą to jednak informacje, które objęte są zakresem pojęcia tajemnicy telekomunikacyjnej, o której mowa w ustawie Prawo telekomunikacyjne³².

³⁰ P. Kotler, Marketing. Analiza, planowanie, wdrażanie i kontrola. Warszawa 1999, str. 601.

³¹ numer geograficzny lub numer niegeograficzny, których definicje znajdują się w art. 2 pkt 23 i 24 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

³² Na podstawie art. 159 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne dane transmisyjne, a więc dane przetwarzane dla celów przekazywania komunikatów, zaliczane są do informacji objętych tajemnicą telekomunikacyjną. Por. P. Litwiński, Ochrona prywatności i tajemnicy telekomunikacyjnej w nowym

Pojawia się też problem stosowania przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Zgodnie z art. 6 przywołanej ustawy: za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. W przypadku „wangiri” automatyczne urządzenie wywołujące posługuje się wygenerowanym *ad hoc* numerem urządzenia końcowego (a ściślej numerem zakończenia sieci). Powstaje pytanie, czy w każdym przypadku numer ten pozwoli na określenie, (choćby pośrednio) tożsamości osoby fizycznej? Wobec oczywistego faktu, że abonentem może być podmiot, który nie jest osobą fizyczną (a więc w tym przypadku nie będzie można mówić o ochronie danych osobowych takiego podmiotu), będziemy mogli mówić ewentualnie o danych osobowych użytkownika końcowego. Numer telefonu oraz fakt odebrania zainicjowanego połączenia (fakt, że ta, a nie inna osoba „podniosła słuchawkę”) będzie zatem można uznać za czynniki pozwalające na pośrednie określenie tożsamości danej osoby fizycznej. Nie wydaje się również by określenie tożsamości takiej osoby wymagało nadmiernych kosztów.

Możliwość automatycznego generowania pewnych komunikatów, wobec praktyki wykorzystania nowego oprogramowania (takiego jak przywołany wyżej „koń trojański” Delf-HA) stanowi wyzwanie dla nauki prawa. Warto tu zauważyć, że cywilnoprawna ochrona prywatności nie w każdym przypadku będzie mogła być utożsamiana z ochroną danych osobowych. Może się zatem okazać, że dane dotyczące określonej osoby fizycznej przetwarzane są zgodnie z postanowieniami przepisów administracyjnoprawnych dedykowanych ochronie danych osobowych, jednak wykorzystanie ich w konkretnych sytuacjach faktycznych może stanowić inwazję w sferę prywatności jednostki, rozumianej jako to, co ze względu na uzasadnione

odosobnienie się od ogółu służy jej rozwoju fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania pozycji społecznej³³.

Czy zatem przywołana we wstępie fala „wangiri” znalazłaby się w zakresie zakazu ustawowego przewidzianego w ustawie prawo telekomunikacyjne? Wszak posłużono się automatycznym urządzeniem (systemem) wywołującym, kierując na określony numer telefonu (ale jednak nie do zindywidualizowanego użytkownika) komunikat, który – jak się wydaje – miał na celu uzyskanie określonego efektu marketingowego. Wydaje się, że odpowiedź powinna być twierdząca. Nawet jednak, gdy uzna się, że zakazem z art. 172 objęta jest tego typu praktyka: brak w ustawie prawo telekomunikacyjne wyraźnej sankcji związanej ze złamaniem ustawowego zakazu. Poza przepisami ogólnymi dotyczącymi w szczególności ochrony dóbr osobistych (kodeks cywilny), ochrony konkurencji i konsumentów, ochrony danych osobowych czy odpowiedzialności odszkodowawczej można liczyć jedynie na podjęcie kroków przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, który na podstawie ustawy prawo telekomunikacyjne jest organem egzekucyjnym w zakresie administracyjnej egzekucji obowiązków o charakterze niepieniężnym. Sama zaś regulacja ustawy prawo telekomunikacyjne w omawianym zakresie pogłębia i tak już istniejący chaos regulacyjny dotyczący ochrony prywatności użytkowników. Prywatności naruszanej w szczególności przez otrzymywanie niezamówionych i niechcianych komunikatów przesyłanych drogą elektroniczną. Należy zatem postulować harmonizację krajowych przepisów związanych z prowadzeniem działalności marketingowej, oraz wypracowanie spójnych dla całego systemu prawa, skutecznych zasad ochrony prywatności w powstającym społeczeństwie informacyjnym.

Piotr Wagłowski

³³ A. Kopff: Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego, zagadnienia konstrukcyjne, "Studia Cywilistyczne", vol. XX Kraków 1972, str. 32.