

## Spam jako niezamówiona informacja handlowa

Krzysztof Wąs, 19 styczeń 2009

Spamming jest powszechnie krytykowanym i niepożądanym zjawiskiem związanym z wykorzystywaniem systemów informatycznych, nie tyle niezgodnie z ich przeznaczeniem, ile z naruszeniem zasad dobrych obyczajów.

Ustalenie jasnego i precyzyjnego reżimu prawnego dla takiej działalności jest niezwykle trudne. Do głównych przyczyn można zaliczyć: trudność pogodzenia ze sobą określonych dóbr zasługujących na ochronę (z jednej strony prawo do prywatności i odosobnienia, a drugiej prawo do informacji), aspekt socjologiczny i społeczna akceptowalność określonych zachowań, czy ciągły rozwój technik przesyłu informacji, co powoduje pojawianie się coraz to nowych praktyk spammingowych.

### Definicja spamu

Spam (ang. konserwa mięsna, mielonka) w słowniku internatów to niechciana wiadomość elektroniczna przesyłana za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Jego istota polega na rozsyłaniu dużej liczby informacji o jednakowej treści do bliżej nieokreślonego kręgu odbiorców. Nie ma znaczenia, jaka jest treść tych wiadomości. Aby określić wiadomość mianem spamu, przyjmuje się, że powinna charakteryzować się następującymi elementami:

1. Treść wiadomości jest niezależna od tożsamości odbiorcy.
2. Odbiorca nie wyraził uprzedniej, zamierzonej zgody na otrzymanie wiadomości.
3. Treść wiadomości daje podstawę do przypuszczeń, iż nadawca wskutek jej wysłania może odnieść zyski nieproporcjonalne w stosunku do korzyści odbiorcy (zob. Wikipedia, <http://pl.wikipedia.org/wiki/Spam>).

W doktrynie wykształciły się różne systematyki wiadomości uznawanych za spam. Jedną z nich dokonuje podziału w sposób następujący (por. *D. Kasprzycki*, *Handel elektroniczny. Etap przedofertowy* [w:] *J. Barta, R. Markiewicz* (red.) *Handel elektroniczny. Prawne aspekty*, Warszawa 2005, s. 76) :

1. *Unsolicited Commercial Email* (UCE) – niezamawiana informacja handlowa, rozsyłana przez podmioty gospodarcze, bądź na ich zlecenie, w celu osiągnięcia określonych korzyści ekonomicznych lub gospodarczych.
2. *Unsolicited Bulk Email* (UBE) - niechciane wiadomości pochodzące od podmiotów nie będących przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (zob. art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. 2004 nr 173 poz. 1807), które nie mają charakteru handlowego (m.in. spam polityczny, tzw. łańcuszki szczęścia).



## W polskim systemie prawnym

W ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. 2002 nr 144 poz. 1204; dalej u.ś.u.d.e.) wprowadzone zostały regulacje dotyczące spamu komercyjnego (UCE). Zgodnie z art. 10 tej ustawy zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Jest to główny akt prawny, który hamuje zasięg i rozmiary spamu w Polsce. Jest on wynikiem implementacji dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 2000/31 z dnia 8 czerwca 2000 r. (dyrektywa o handlu elektronicznym) oraz dyrektywy nr 2002/58 z dnia 12 lipca 2002 r. (dyrektywa w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej).

Ustawa za cel miała wprowadzenie ochronnego modelu *opt-in*, którego istota polega na wyrażeniu zgody odbiorcy na otrzymywanie wiadomości drogą elektroniczną. Zgoda taka powinna być wyraźna i uprzednia, tj. udzielona przed otrzymaniem wiadomości „właściwej” (reklamowej).

Przeciwieństwem modelu *opt-in* jest system *opt-out*, który bazuje na przyzwoleniu na wysyłanie wiadomości do czasu wyraźnego sprzeciwu adresata. *Opt-out* polega na tym, że odbiorca informacji za każdym razem informowany jest o możliwości rezygnacji z otrzymywania od nadawcy wiadomości. W praktyce najczęściej przybiera to postać stosownej klauzuli z hiperłączem, którego uaktywnienie skutkuje skreśleniem danej osoby z listy odbiorców wiadomości elektronicznych od danego podmiotu.

W wirtualnej rzeczywistości wykształcił się jeszcze jeden schemat - *double opt-in*. Od pierwszego różni się tym, że aby dana osoba została wpisana na listę adresatów, musi się na nią zapisać, po czym tę czynność potwierdzić. Ma to na celu ochronę przed dokonywaniem wpisów na listy przez osoby trzecie. Przykładowo, jeżeli dana osoba chce otrzymywać wydawany w formie elektronicznej biuletyn, musi zapisać się na listę odbiorców przez wypełnienie odpowiedniego formularza na stronie internetowej wydawcy. Wysłanie formularza spowoduje wygenerowanie i automatyczne wysłanie, na podany w formularzu adres e-mail, wiadomości z prośbą o potwierdzenie rejestracji. W treści takiej wiadomości zazwyczaj znajduje się specjalny odnośnik, którego uaktywnienie spowoduje owo potwierdzenie. Do czasu jego dokonania, na serwerze wydawcy biuletynu, dane adresata będą przez jakiś czas przechowywane jako dane niepotwierdzone, nieaktywne. Zmieniają one swój status dopiero po kliknięciu w potwierdzający odnośnik znajdujący się w otrzymanej wiadomości.

Spam, mimo iż występuje w wielu postaciach, na gruncie u.ś.u.d.e. zabroniony jest wyłącznie w formie niezamówionej informacji handlowej. Przepisów ustawy nie stosuje się do używania poczty elektronicznej lub innych środków komunikacji elektronicznej między osobami fizycznymi, w celach osobistych niezwiązanych z prowadzoną przez te osoby, chociażby ubocznie, działalnością zarobkową lub wykonywanym zawodem (art. 3 pkt 2 u.ś.u.d.e.), a także w sytuacji świadczenia usług w ramach jakiejś struktury organizacyjnej, np. za pomocą intranetu (art. 3 pkt 6 u.ś.u.d.e.).

## Pojęcie informacji handlowej

Znaczenie pojęcia informacji handlowej ma istotne znaczenie, ponieważ determinuje kwalifikację przesłania niezamówionej informacji jako działanie niedozwolone na gruncie u.ś.u.d.e.

W myśl art. 2 pkt 2 u.ś.u.d.e. informacją handlową jest 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, która nie służy osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.

Zakres definicji jest dosyć szeroki i tworzy barierę ochronną przed spamem komercyjnym (UCE). Należy zwrócić uwagę, iż za informację handlową zostanie uznana każda informacja, która w sposób wyraźny lub pośredni ma na celu promocję przedsiębiorcy, jego towarów lub usług.

Co do wyrażenia „wizerunku przedsiębiorcy” wydaje się, że należy je rozumieć, odmiennie od wizerunku osoby fizycznej stanowiącego jej dobro osobiste, jako wyobrażenie innych osób o przedsiębiorcy. Wizerunek będzie tu rozumiany jako wizerunek w sensie marketingowym (tak *D. Kasprzycki*, Handel elektroniczny. Etap przedofertowy [w:] *J. Barta, R. Markiewicz* (red.) Handel elektroniczny. Prawne aspekty, Warszawa 2005, s. 92).


Zgodnie z przepisem, za informację handlową nie można uznać wiadomości, która umożliwi porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej oraz wiadomości pozbawionych efektu handlowego. W pierwszym przypadku chodzi o możliwość przekazywania drugiej stronie danych umożliwiającą nawiązanie kontaktu. Będzie to np. udostępnienie adresu e-mail czy adresu strony internetowej, na której znajdują się stosowne dane kontaktowe (adresy e-mail, numery telefonów, itp.). Drugie wyłączenie stanowi przyzwolenie na przesyłanie informacji, o towarach lub usługach, nie nakierowane na osiągnięcie efektu handlowego. Co prawda trudno wyobrazić sobie taką sytuację, jednak nie należy zakładać, że jest to niemożliwe i stanowi błąd ustawodawcy.

Pewne niejasności stwarza treść art. 9 u.ś.u.d.e, który stanowi, że informacja handlowa jest wyraźnie wyodrębniona i oznaczana w sposób niebudzący wątpliwości, że jest to informacja handlowa. W art. 9 ust. 2 wymienione zostały elementy informacji handlowej. Jednak interpretacja normy z art. 9 jako rozszerzenie definicji zawartej w art. 2 ust. 2 doprowadzi *ad absurdum*, bowiem nie umieszczenie w przesyłanej wiadomości choćby jednego elementu z wymienionych w art. 9 ust. 2 u.ś.u.d.e. będzie skutkowało tym, że nie będzie można mówić, iż mamy do czynienia z informacją handlową (por. *P. Wagłowski*, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji [w:] *A. Tubielewicz* (red.) Problemy informatyki w zarządzaniu, Gdańsk 2003, str. 83-108). Do uniknięcia sankcji przewidzianych w u.ś.u.d.e. wystarczyłoby, że nadawca nie podałyby swojego adresu elektronicznego (zob. art. 9 ust. 2 pkt 1 *in fine*).

## Kiedy informacja handlowa jest spamem?

Aby zakwalifikować daną informację za spam w rozumieniu art. 10 u.ś.u.d.e. muszą być spełnione kumulatywnie

R E K L A M A



# e-inkubator

e-biznes bez ZUS  
doradztwo prawne  
pożyczki z Funduszu Mikro

<http://e-inkubator.biz>

następujące przesłanki:

1. Wiadomość musi być informacją handlową w rozumieniu u.ś.u.d.e.

A contrario jeżeli informacja nie ma charakteru komercyjnego, nie można jej zakwalifikować jako spamu na podstawie art. 10 u.ś.u.d.e.

2. Wiadomość pochodzi od usługodawcy.

Wniosek taki płynie z umieszczenia przepisu art. 10 w rozdziale 2 ustawy określającym obowiązki usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną. Usługodawcą w rozumieniu ustawy jest każdy podmiot, który prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową świadczy usługi drogą elektroniczną (art. 2 pkt 6 u.ś.u.d.e.).

3. Informacja jest skierowana do oznaczonego odbiorcy.

Oznaczony odbiorca, to odbiorca konkretny, nieprzypadkowy, policzalny. Nie chodzi tu o możliwość identyfikacji podmiotu (np. za pomocą treści adresu poczty elektronicznej), ale o fakt, iż dana informacja skierowana jest pod określonym adresem (por. *P. Wagłowski*, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji [w:] *A. Tubielewicz* (red.) Problemy informatyki w zarządzaniu, Gdańsk 2003, str. 83-108). Natomiast nieoznaczony odbiorca to taki, który otrzymuje określone treści bez względu na wolę co do adresata podmiotu przekazującego informację. Przykładem nieoznaczonego odbiorcy jest internauta przeglądający strony internetowe udostępniane bez ograniczeń.

4. Przekazywana za pomocą środków komunikacji elektronicznej

Zgodnie z ustawową definicją środki komunikacji elektronicznej to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualnie porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, w szczególności poczta elektroniczna (art. 2 pkt 5 u.ś.u.d.e.).

5. Jest niezamówiona

Ustawa w art. 10 ust. 2 u.ś.u.d.e. wprowadza domniemanie, z którego wynika, iż informacja jest zamówiona, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na jej otrzymanie, w szczególności udostępnił w tym celu swój adres elektroniczny. W praktyce i doktrynie norma ta nie jest rozumiana jednoznacznie i budzi wiele wątpliwości (o czym dalej).

6. Zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta

Przesłanka ta pochodzi z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 nr 153 poz. 1503; dalej u.z.n.k.), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa ta stosowana jest na podstawie art. 10 ust. 3 u.ś.u.d.e., który poszerza katalog przykładowych deliktów nieuczciwej konkurencji o przesyłanie niezamówionej informacji handlowej drogą elektroniczną.

## Problematyka wyrażenia zgody na otrzymanie informacji handlowej

Wyrażenie zgody na otrzymywanie informacji drogą elektroniczną ma na celu zabezpieczenie użytkowników urządzeń i narzędzi komunikacyjnych, w tym poczty elektronicznej i telefonów komórkowych, przed zalewaniem niechcianych wiadomości. Praktyka, ze względu na niejednorodną terminologię u.ś.u.d.e., przyniosła wiele wątpliwości związanych z udzielaniem przedmiotowej zgody.

Na uwagę zasługują tu dwie normy, mianowicie art. 10 ust. 2 i art. 4 u.ś.u.d.e. W pierwszym mowa jest o tym, że „odbiorca” wyraża zgodę na otrzymywanie informacji handlowej, jeżeli złoży stosowne oświadczenie woli, które może przybrać formę udostępnienia drugiej stronie identyfikującego go adresu elektronicznego. Art. 4 stanowi z kolei, że zgoda „usługobiorcy” nie może być domniemana lub dorozumiana. Rodzi się pytanie o wzajemne relacje tych norm. Czy art. 4 u.ś.u.d.e. ma zastosowanie do zgody udzielanej przez nie-usługobiorcę?

W ustawie brak jest legalnej definicji „odbiorcy”. Zgodnie z potocznym rozumieniem, odbiorcą jest każdy podmiot, który otrzymuje określone dobro (tu: dane, informacje, wiadomości). Natomiast usługobiorca, w świetle definicji ustawowej, to osoba fizyczna, prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która

korzysta z usługi świadczonej drogą elektroniczną (art. 2 pkt 7 u.ś.u.d.e.). Nie ulega wątpliwości, że usługobiorca odbierający wiadomość elektroniczną jest jednocześnie odbiorcą. Taka zależność nie zachodzi jednak w drugą stronę i odbiorca wiadomości nie zawsze będzie usługobiorcą. By tak było, odbiorcę musi łączyć więź z podmiotem zlecającym wysłanie wiadomości polegająca na świadczeniu odbiorcy usług elektronicznych (Por. X. Konarski, Komentarz do u.ś.u.d.e., Warszawa 2004, art. 2 pkt 7, *Nb. 3*, s. 78).

Jeżeli odbiorca jest zarazem usługobiorcą, rozważanie zasygnalizowanego wcześniej problemu mija się z celem. Gdy jest inaczej, powstaje pytanie czy art. 4 stanowi uzupełnienie art. 10 ust. 2 u.ś.u.d.e.? Od odpowiedzi na nie zależy czy oświadczenie woli domniemane lub dorozumiane będzie można utożsamiać z wyrażeniem zgody na otrzymywanie informacji handlowych drogą elektroniczną. Jeżeli tak, to oznacza, że ustawodawcy nie udało się wprowadzić modelu *opt-in* w pełnej okazałości.

Biorąc pod uwagę odrębności terminologiczne i fakt, iż art. 10 nie precyzuje dokładnie, w jaki sposób zgoda powinna być wyrażona, należy sięgnąć w tym zakresie do ogólnych norm prawa cywilnego. I tak, zgodnie z art. 60 k.c., zgoda odbiorcy może być wyrażona przez każde zachowanie się, także - w określonej sytuacji - przez milczenie. Konsekwencją tego jest możliwość przyznania uprawnienia usługodawcy do wysyłania wiadomości z klauzulą *opt-out* (np. „Jeśli nie chcesz otrzymywać wiadomości, kliknij na znajdujący się na końcu wiadomości hiperłączy”; oczywiście link musi być prawidłowy, tzn. powodujący skreślenie z listy adresatów). Zgoda w takim przypadku jest domniemana, bo jeżeli odbiorca nie rezygnuje z otrzymywania informacji, to można twierdzić, że wyraża wolę ich otrzymywania. Odmienny pogląd wyraził Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) w wyroku z dnia 4 kwietnia 2003 r. (II SA 2135/02), gdzie orzeczono, że zgoda na otrzymywanie informacji powinna być wyraźna (tak też P. Drewniak, Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce, Prawo Mediów Elektronicznych nr 6/2007; X. Konarski, Komentarz do u.ś.u.d.e., art. 10, *Nb. 11*, s. 117). Przyjęcie argumentacji NSA oznacza stosowanie wymogów art. 4 do każdej sytuacji przesyłania drogą elektroniczną informacji handlowych.

Praktyczne problemy z wyrażeniem zgody na otrzymywanie wiadomości wynikają z prowadzonej w Internecie działalności polegającej na przesyłaniu informacji handlowych na adresy internetowe publicznie dostępne (np. na stronach internetowych, katalogach stron www, forach dyskusyjnych). Niejednoznaczne brzmienie ust. 2 art. 10 może dawać podstawę twierdzeniu, że przez publikację danych kontaktowych wyraża się zgodę na otrzymywanie drogą elektroniczną m.in. informacji handlowych. Trzeba mieć na uwadze, iż dany podmiot przez podanie np. adresu poczty elektronicznej może w ten sposób wyrażać wolę nawiązywania lub utrzymania kontaktów, jak również obecności w określonej społeczności i posiadania wszelkich informacji związanych z jej aktywnością na określonej płaszczyźnie. Przyjęcie jednak tezy, że osoba taka wyraża zgodę na otrzymywanie wszelkich wiadomości jest, w moim przekonaniu, zbyt daleko idące. To czy z faktu upublicznienia określonych danych można wyciągać wyrażenie zgody na otrzymywanie informacji, powinno zależeć od konkretnej sytuacji, np. od tego czy nadawcę z adresatem łączą jakieś więzi handlowe. Ocenie podlegać tu będzie także zakres udzielonej zgody. Chodzi o ustalenie czy wola otrzymywania wiadomości obejmuje wszelkie informacje, czy tylko z jakiegoś zakresu, określonej dziedziny, np. związanej z zainteresowaniami, prowadzoną działalnością, itp.

Wprowadzony przez ustawę dualizm reżimów dla normowania pozycji odbiorcy, w zależności od tego czy jest on jednocześnie usługobiorcą, nie służy celowi ustawy i nie jest stanowczym wyrazem przyjęcia modelu *opt-in*.

R E K L A M A



# i prawo

>> Publikacje

>> Opinie

>> Porady

[www.iPrawo.net.pl](http://www.iPrawo.net.pl)

<http://www.iprawo.net.pl>

## Prawna ochrona przed spamem

Nasz system prawny nie przewiduje jednolitego schematu ochrony przed spammingiem (rozumianym szerzej niż rozsyłanie niezamówionej informacji handlowej). Zakres przewidzianych roszczeń zależy jest od kilku czynników, takich jak fakt prowadzenia działalności gospodarczej czy komercyjny charakter wiadomości.

Jeżeli spam ingeruje w prywatność jednostki, a ta korzysta z ochrony jako dobro osobiste, w myśl art. 24 Kodeksu cywilnego, ten, którego dobro zostało naruszone może żądać dopełnienia czynności potrzebnych do usunięcia skutków powstałych przez to naruszenie (co może polegać na złożeniu oświadczenia o stosownej treści i w odpowiedniej formie), jak również zadośćuczynienia lub zapłaty określonej sumy na wskazany cel społeczny. Ponadto, jeżeli pokrzywdzony poniósł szkodę majątkową, może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych (art. 24 § 2).

Spam jest zazwyczaj czynem nieuczciwej konkurencji (zob. art. 16 u.z.n.k.). Zgodnie z art. 18 u.z.n.k. przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać:

1. zaniechania niedozwolonych działań,
2. usunięcia skutków niedozwolonych działań,
3. złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie,
4. naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych,
5. wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych,
6. zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego - jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

Zwraca tu uwagę ograniczony krąg podmiotów, które mogą wystąpić z określonymi roszczeniami - uprawnieni są tylko przedsiębiorcy oraz określone organizacje (zob. art. 19 ust. 1. u.z.n.k.).

Jeżeli delikt nieuczciwej konkurencji występuje w formie niezamówionej informacji handlowej, dodatkowo, u.ś.u.d.e. w art. 24 przewiduje możliwość ukarania usługodawcy grzywną (maksymalna wysokość to 5 tys. zł). Ściganie tego wykroczenia następuje na wniosek pokrzywdzonego.

W końcu rozsyłanie niechcianych wiadomości może zostać uznane z praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów; Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331). Na tej podstawie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKIK) może wobec przedsiębiorcy, w drodze decyzji administracyjnej, nakazać zaniechanie jej stosowania. W decyzji tej Prezes UOKIK może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w celu zapewnienia wykonania nakazu, w szczególności zobowiązać przedsiębiorcę do złożenia jedno- lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji. Może również nakazać publikację decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy (zob. decyzję RLU nr 29/03).

Autor jest studentem V roku prawa na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach.	Więcej publikacji na <a href="http://www.iprawo.net.pl">www.iprawo.net.pl</a> .
<b>Prawa autorskie</b> Na artykuł udziela się licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Bez utworów zależnych 2.5 Polska <a href="http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.5/pl">http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.5/pl</a>	<b>Wydawca</b> Grupa Interium <a href="http://www.interium.biz">www.interium.biz</a>