

Informacja handlowa czy nie?

Niedawno na profilu w portalu społecznościowym LinkedIn przytoczyłam korespondencję, jaką otrzymałam na mój imienny, służbowy adres e-mail od pewnej kancelarii prawnej (wiadomość została skierowana jeszcze do kilku innych osób z organizacji). Zawierała ona informację o nadchodzących zmianach prawnych i zaproszenie na bezpłatne webinaria organizowane przez ten podmiot.

W ankiecie, którą przeprowadziłam wśród obserwatorów na LinkedIn, 11 osób wskazało, że na takie działania konieczne jest uprzednie pozyskanie zgody na przesyłanie informacji handlowej drogą elektroniczną zgodnie z [ustawą z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną](#) („UŚUDE”). Nikt nie uznał, aby konieczne było odebranie zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych („RODO”), bez odbierania zgody na podstawie UŚUDE, a zaledwie jedna osoba stwierdziła, że nie jest konieczna ani zgoda na podstawie RODO, ani na podstawie UŚUDE.

Kancelaria prawna, w odpowiedzi na moje zapytanie, dlaczego przesała do mnie wiadomość, mimo że nie wyraziłam zgody na otrzymywanie od nich informacji handlowych, odpowiedziała mi w następujący sposób:

Najmocniej przepraszamy, jeżeli nie chciała Pani otrzymać poniższej wiadomości. W związku z Pani wiadomością, zobowiązujemy się w przyszłości nie przysyłać podobnych informacji na Pani adres mailowy. Jednocześnie zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, wyłączeniu z definicji informacji handlowej podlega informacja o towarach i usługach niestążąca osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi. Nasza wiadomość nie miała na celu promocji świadczonych odpłatnie usług. Webinaria, których dotyczyła przesłana informacja, są w pełni darmowe i mają charakter edukacyjny, zatem podlegają wyłączeniu z definicji informacji handlowej.

Muszę przyznać, że powyższa odpowiedź bardzo mnie zaskoczyła. Podobnie jak większość osób biorących udział w ankiecie uważam, że kancelaria powinna była pozyskać ode mnie uprzednio zgodę na przesyłanie informacji handlowych zgodnie z UŚUDE. Analizując jednak treść art. 2 pkt. 2 UŚUDE, można nabrać wątpliwości co do zakresu działań wyłączonych z definicji informacji handlowej. Z interpretacją ww. przepisu miała problem kancelaria prawna, tym bardziej więc wątpliwości mogą mieć przedsiębiorcy niebędący prawnikami.

Przejdźmy do analizy powyższego przepisu, aby ustalić, czy zaproszenie na bezpłatne webinarium kancelarii prawnej stanowiło, tak jak uważa zdecydowana większość uczestników ankiety, informację handlową.

Zgodnie z art. 2 pkt UŚUDE 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 (chodzi np. o adwokatów).

Zakres komunikatów, jakie w świetle powyższej definicji stanowią informacje handlowe jest bardzo szeroki. Mowa w nim bowiem o nawet **pośrednim promowaniu** towarów, usług lub wizerunku. Ponadto informacje handlowe to nie tylko informacje promujące określone towary lub usługi, lecz **także wizerunek przedsiębiorców lub osób wykonujących zawody, które wymagają spełnienia określonych wymagań ustawowych**. Trzeba mieć także na uwadze, że stwierdzenie, czy dane działanie ma charakter informacji handlowej, może nastąpić dopiero w konkretnym stanie faktycznym po analizie całokształtu przekazywania komunikatu.

Definicja informacji handlowej zawarta w UŚUDE **nie odnosi się w ogóle do efektu, jaki dana komunikacja ma osiągnąć** – tj. np. że w jej wyniku zwiększą się obroty danego przedsiębiorcy. Można więc uznać na podstawie wyłącznie powyższej definicji, że komunikacja promująca towary, usługi lub wizerunek nie musi zmierzać do osiągnięcia efektu handlowego (tylko wobec tego czy promocja jest oderwana od dążenia do osiągnięcia efektu handlowego?), jak również taki efekt nie musi zostać osiągnięty, aby uznać określoną informację za informację handlową.

Spójrzmy teraz na wskazane w UŚUDE wyłączenia z definicji informacji handlowej. Nie stanowią jej bowiem:

- informacje umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą (**taką informacją będzie np. adres e-mail lub numer telefonu usługodawcy czy adres jego strony internetowej**) oraz
- informacje o towarach i usługach **niestrużące osiągnięciu efektu handlowego** pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, **w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści** od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.

Na to drugie wyłączenie powoływała się właśnie kancelaria. Trzeba przyznać, że jego sformułowanie dość niejasno. Dodatkowo tutaj jest już mowa o efekcie – informacji handlowej nie stanowi działanie niestrużące osiągnięciu efektu handlowego. Jak rozumieć to pojęcie? Nie mamy żadnej definicji legalnej. Mowa jest też w szczególności o braku wynagrodzenia lub innych korzyści. Ale czy na pewno chodzi tu o wynagrodzenie np. od uczestnika webinarium? No nie – mowa jest o otrzymaniu korzyści od producenta, sprzedawcy czy usługodawcy.

Sprawę komplikuje jeszcze bardziej art. 9 ust. 2 pkt. 2 UŚUDE, w którym wskazano, że informacja handlowa zawiera **wyraźny opis form działalności promocyjnej, w szczególności obniżek cen, nieodpłatnych świadczeń pieniężnych lub rzeczowych i innych korzyści związanych z promowanym towarem, usługą lub wizerunkiem**, a także jednoznaczne określenie warunków niezbędnych do skorzystania z tych korzyści, o ile są one składnikiem oferty. W tym przepisie jest mowa o nieodpłatnych świadczeniach lub innych korzyściach, co oznaczałoby, że jednak informację handlową mogą być przesyłane drogą elektroniczną komunikaty dotyczące np.

bezpłatnych webinarów czy innych podobnych wydarzeń. Nie jest łatwo stosować UŚUDE 😊

Biorąc pod uwagę niejasność przepisów UŚUDE w zakresie tego, co nie stanowi informacji handlowej oraz fakt, że UŚUDE wdraża [dyrektywę unijną](#), sięgnijmy do tego drugiego aktu prawnego. Można w tym miejscu zapytać: „po co?”. Przecież dyrektywa unijna nie jest co do zasady stosowana bezpośrednio, musi zostać wdrożona do prawa krajowego, powinniśmy więc stosować wyłącznie UŚUDE. To prawda jeśli chodzi o skutek, jaki wywołuje dyrektywa. Powinniśmy jednak interpretować krajowe przepisy z uwzględnieniem wdrażanej przez nie dyrektywy, tak, aby osiągnąć cel, jakiemu służyło przyjęcie dyrektywy. Zgodnie z jej motywem 10, dyrektywa musi zapewnić wysoki poziom ochrony celów związanych z interesem ogólnym, w szczególności ochronę konsumenta. Należy też odnieść się do definicji informacji handlowej i wyłączeń z tej definicji zawartych w dyrektywie. Moim zdaniem są opisane w akcie unijnym dużo jaśniej niż w UŚUDE. Zgodnie z dyrektywą informacji handlowej nie stanowią bowiem *informacje odnoszące się do towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby, opracowywane w sposób niezależny, w szczególności jeżeli są one udzielane bez wzajemnych świadczeń finansowych*. Oznacza to w praktyce, że jeśli podmiot trzeci przesyła informację o osobie lub produktach przedsiębiorcy, z którym nie łączą go więzy handlowe, nie będzie to traktowane jako informacja handlowa w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Sytuacja taka może mieć miejsce np. przy umieszczaniu linków do cudzej strony, przy przekazywaniu testów porównawczych produktów czy porównań cen produktów, jednak przy zastrzeżeniu, że informacje te zostały przekazane przez podmiot niezwiązany z podmiotem reklamowanym.¹ Upraszczając, w wyłączeniu nie chodzi więc o to, czy informacje dotyczą usług bezpłatnych czy nie, lecz tego, czy osoba przesyłająca daną informację jest powiązana z usługodawcą, w tym czy dostaje od niego wynagrodzenie.

Odnosząc wnioski z powyższej analizy do przypadku kancelarii i przesłanej przez nią wiadomości mailowej należy uznać, że gdyby to jakaś osoba zupełnie niezwiązana z kancelarią i która nie otrzymała żadnego wynagrodzenia od kancelarii przesłała do mnie wiadomość, w której poinformowałaby mnie, że są fajne webinaria, które mogą mi się przydać i podałyby mi np. link do formularza rejestracyjnego, nie byłaby to co do zasady informacja handlowa. Jeśli jednak taką wiadomość wysłał do mnie pracownik kancelarii, która organizuje webinaria, mamy do czynienia z informacją handlową. Poza tym raczej trudno zaprzeczyć, że zaproszenie na bezpłatne webinarium omawiające nadchodzące zmiany prawne ma na celu zarówno promowanie wizerunku kancelarii jako podmiotu specjalizującego się w danej dziedzinie, jak i ma potencjalnie przyczynić się do skorzystania z usług tej kancelarii w zakresie wdrożenia w danej organizacji nadchodzących zmian.

¹ D. Lubasz, W. Chomiczewski [w:] *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną [w:] Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2011, art. 2.

Wiem, że omawiana regulacja jest skomplikowana. Uważam, że UŚUDE nie jest dobrym aktem prawnym i na pewno nie daje przedsiębiorcom jasnych wytycznych co do tego, co jest informacją handlową, a co nie, a w konsekwencji, jakie działania są dozwolone, a jakie nie. Można próbować argumentować jak kancelaria, dopóki sprawa nie trafi do organu nadzorczego czy do sądu. Mając jednak na uwadze podejście np. UOKiK w wydawanych przez niego decyzjach, należy wskazać, że informacja handlowa jest przez niego interpretowana bardzo szeroko.

Poniżej typowe przykłady informacji handlowych:



UOKiK w swoich decyzjach dot. sprawy [Netia S.A.](#) oraz [Philipiak](#), wskazuje co prawda, że marketing bezpośredni (który jest pojęciem mieszczącym się w ramach definicji informacji handlowej) jest działaniem skierowanym do wybranego adresata, którego celem jest promocja usług, **nakierowanym na osiągnięcie efektu handlowego w postaci zwiększenia popytu na towary lub usługi oferowane przez przedsiębiorcę**, jednak jednocześnie zaznacza, że marketing bezpośredni obejmuje **nie tylko działania o charakterze sprzedażowym, ale również jakiegokolwiek działania, które służą dostarczaniu informacji, jeśli ich końcowym efektem jest zainteresowanie adresata ofertą przedsiębiorcy**. W świetle tych uwag uważam, że przesłanie zaproszenia nawet na bezpłatne webinaria stanowi informację handlową, ma bowiem docelowo zainteresować uczestnika usługami organizatora wydarzenia.

Trzeba też pamiętać, że poza UŚUDE do wysyłanej komunikacji mailowej może mieć zastosowanie jeszcze [ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne](#) („PT”). Przewiduje ona, że nie jest dozwolone kierowanie marketingu bezpośredniego przy

użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. To druga regulacja prawna, która również budzi wiele kontrowersji co do zakresu jej zastosowania. Nie mamy już na to miejsca, by omawiać ją szczegółowo. Wskażę tylko, że właśnie na ww. przepisy PT powoływał się UOKiK w decyzjach wspomnianych powyżej. Dodatkowo, wysyłając określone informacje na adresy mailowe konkretnych, oznaczonych osób fizycznych, przedsiębiorca zobowiązany jest do przestrzegania RODO, a więc powinien posiadać podstawę prawną przetwarzania danych osobowych odbiorców i zrealizować wobec nich obowiązek informacyjny. Brak przestrzegania UŚUDE, PT i RODO może narazić przedsiębiorcę na konsekwencje wynikające z każdej z ww. regulacji prawnych oddzielnie, a obejmują one:

- w przypadku UŚUDE – grzywna w wysokości do 5000 zł;
- w przypadku PT – kara pieniężna w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym,
- w przypadku RODO – kara pieniężna w wysokości do 20 000 000 euro, a w przypadku przedsiębiorstwa – w wysokości do 4 % jego całkowitego rocznego światowego obrotu z poprzedniego roku obrotowego, przy czym zastosowanie ma kwota wyższa.

Podsumowując powyższą analizę, wnioski płynące dla przedsiębiorców nie są zbyt optymistyczne. Z jednej strony mamy do czynienia ze słabymi aktami prawnymi, wdrażającymi regulacje unijne moim zdaniem w sposób nieprawidłowy. Z drugiej strony mamy na razie stanowiska organów nadzorczych, w szczególności UOKiK są dość rygorystyczne w zakresie tego, co stanowi informację handlową. Przesyłanie drogą elektroniczną bez uprzedniej zgody odbiorcy nie tylko komunikatów wyraźnie i bezpośrednio mających na celu osiągnięcie efektu handlowego (ofert promocyjnych, materiałów reklamowych dotyczących określonych towarów lub usług itp.), lecz również pośrednio promujących towary, usługi czy wizerunek, w tym oferujących bezpłatne usługi i wydarzenia, jest więc ryzykowne. Najprawdopodobniej takie działanie zostanie uznane za przesłanie niezamówionych informacji handlowych, może też stanowić marketing bezpośredni przy użyciu telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących bez uprzedniej zgody abonenta lub użytkownika końcowego. W takim przypadku wobec przedsiębiorcy może zostać wydana decyzja właściwego organu nadzorczego, nakładająca na niego np. karę pieniężną. Wówczas pozostaje przedsiębiorcy droga sądowa i próba argumentowania, że przepisy UŚUDE można interpretować w ten sposób, że przesłanie informacji o bezpłatnych webinarach czy innych bezpłatnych usługach nie stanowi informacji handlowej. Jeśli sąd weźmie pod uwagę aktualne podejście Trybunału Konstytucyjnego do konieczności (a raczej jej braku) stosowania się do prawa Unii i wyroków TSUE, może nawet taka argumentacja spotka się z aprobatą... Mam jednak naiwnie nadzieję, że doczekamy się po prostu jasnych reguł i nowego aktu prawnego, który spowoduje większą pewność prawną w omawianym zakresie.

adw. Agnieszka Rapcewicz