

Trudne Czasy dla

telemarketingu

UOKiK
konsekwentnie
karze za połączenia
bez zgody
konsumentów

Biała
lista:
końca
problemów

Branża call center pod pręgierzem. Czy to zmierzch telemarketingu?



Joanna
Pieńczykowska
joanna.pienczykowska
@infor.pl

Branża call center jest coraz bardziej zaniepokojona. Prezes UOKiK ostatnio konsekwentnie karze firmy za wykonywanie połączeń bez zgody klientów. I to nie tylko te, które zlecają takie usługi, lecz także wykonawców. Zaniepokojenie rośnie w ślad za tym, jak pojawiają się kolejne decyzje – właściwie już cała seria – m.in. z czerwca, września, a ostatnio z grudnia 2019 r. (jak wynika z naszych nieoficjalnych informacji – wkrótce będą następne). We wszystkich urząd mówi „stop” forsowanej przez ostatnie lata korzystnej dla call center interpretacji art. 172 prawa telekomunikacyjnego. Przypomnijmy: artykuł ten zakazuje wykonywania połączeń w celach marketingu bezpośredniego, chyba że klient wyraził na to zgodę. Zgodnie z interpretacją branży call center (i części prawników) – można o rzeczoną zgodę wystąpić na początku rozmowy, a jeżeli rozmówca wyrazi ją – to można mu przedstawić szczegóły oferty podczas tej samej rozmowy. Jednak UOKiK uważa, że taki scenariusz jest niedopuszczalny. Sytuację sektora call center niewątpliwie pogorszyło wejście RODO, a także ustawy sektorowej je wdrażającej, która doprecyzowała, że odbieranie zgody w celach marketingowych powinno odbywać się na podstawie wymogów unijnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych. A więc zdaniem urzędu oprócz tego, że powinna być uzyskana jeszcze przed wykonaniem połączenia, to konieczne jest też spełnienie jeszcze innych obowiązków informacyjnych. Te obowiązki są tak rozbudowane, że w praktyce niemożliwe do spełnienia.

Czy to wszystko oznacza jednak koniec call center? Niekoniecznie. Firmy coraz częściej zdają sobie sprawę, że aby utrzymać się na rynku, muszą modyfikować sposoby działania. Tym bardziej że oczekiwane unijne rozporządzenie ePrivacy wcale nie ułatwi im działania w obecnej formie. Jedno jest pewne: koniec z takim obliczem call center, jakie znamy do tej pory.



PATRYK
SŁOWIK

patryk.slowik@infor.pl
@PatrykSlowik



JAKUB
STYCZYŃSKI

jakub.styczynski@infor.pl
@JakubStyczynski

Nerwy klientów, surowość urzędów i kłopoty firm

UOKiK w decyzjach wydanych w ostatnich miesiącach konsekwentnie karze za wykonywanie połączeń bez zgody konsumentów. I to nie tylko podmioty zlecające akcje marketingowe, lecz także firmy je wykonujące

Ekspert przyznają: to, co tak denerwowało wielu Polaków, ale zarazem okazywało się wyjątkowo skuteczną metodą sprzedaży, odchodzi do lamusa. Telemarketing bowiem oznacza dziś ogromne ryzyko narażenia się na gniew państwowych urzędników. W efekcie wielu przedsiębiorców zamiast zarabiać, musi płacić kary bądź walczyć latami w sądach o to, by ich uniknąć.

Powodem tej sytuacji jest restrykcyjna wykładnia art. 172 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2460). Zgodnie z jego treścią: „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”.

– Problemem branży jest bardzo restrykcyjny, niepozostawiający przedsiębiorcom w zasadzie żadnej przestrzeni przepis – przyznaje Maciej Buś, prezes Forum Call Center. Jego zdaniem regulacja prawa telekomunikacyjnego, po którą chętnie w ostatnim czasie sięgają urzędnicy, ograniczyła działalność części przedsiębiorców. – Chciałbym móc interpretować ten przepis w sposób umożliwiający racjonalną komunikację pomiędzy marką i firmą. Obawiam się jednak, że mamy związane ręce. Trzeba powiedzieć wprost:

działalność telemarketingowa polegająca na kontaktowaniu się z nowymi klientami jest zasadniczo niedozwolona – wskazuje Maciej Buś.

Potwierdza to wiele ostatnich działań prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Tytułem przykładu warto wskazać, że w maju 2019 r. urząd poinformował o nałożeniu kary na spółkę Smak i Zdrowie (dawniej Filipiak Polska) za dzwonienie do konsumentów, mimo że ci się na to wcześniej nie zgodzili. Również w maju została nałożona kara na Netię. Jej przedstawiciele dzwoniли do konsumentów z ofertą zawarcia umowy, choć spółka nie miała na to ich zgody. UOKiK ustalił, że Netia kupiła gotowe bazy z numerami telefonów. Zgodnie z prawem były one jednak bezwartościowe, skoro na wskazane numery przedsiębiorcy nie wolno było dzwonić z ofertą.

Kolejne przykłady to decyzje z 13 września i 11 grudnia 2019 r. nałożone na spółkę telemarketingową Arstele. Również za dzwonienie do konsumentów, w tych przypadkach z zaproszeniem na pokaz lub bezpłatne badanie (podczas wydarzenia prowadzono sprzedaż produktów), bez uprzednio wyrażonej zgody. Działania te przedsiębiorca prowadził na zlecenie firm zewnętrznych – w pierwszym przypadku firmy VGET Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz podmiotów z nimi powiązanych, w drugim – na zlecenie spółki MEDISPOL sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Stęszewie.

Restrykcyjna interpretacja

UOKiK uważa, że art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego należy interpretować w ten sposób, że każdy przedsiębiorca, który dzwoni do konsumenta w celach marketingu bezpośredniego, powinien mieć na to jego wyraźną, wcześniejszą zgodę. Co kluczowe, zgody nie można pozyskać na początku rozmowy nawiązanej w celu przedstawienia oferty, lecz trzeba to zrobić wcześniej (patrz ramka „Odpowiednie działania według UOKiK”). Piotr Liwsiński, specjalista ds. ochrony danych w ODO 24, przypomina zabawny sytuację, gdy przekonał się o tym pewien przedsiębiorca z Poznania stosujący takie praktyki. Prezes UOKiK nałożył na niego karę pieniężną w wysokości prawie 70 tys. zł. Podjęcie decyzji na pewno ułatwiło to, że przedstawiciel firmy dwukrotnie dozwonił się z ofertą marketingową do poznańskiej delegatury UOKiK.

Podobną interpretację przyjmuje Urząd Komunikacji Elektronicznej. W jego ocenie, potwierdzonej nadesłaną nam interpretacją przepisów, z art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego wynika, że „uprzednia” zgoda musi być udzielona przed ewentualnym użyciem telekomunikacyjnych urządzeń końcowych lub au-

Odpowiednie działania według UOKiK



ŹLE: – Dzień dobry, tu Jan Kowalski z banku X. Chciałbym przedstawić panu świetną ofertę. Czy wyraża pan na to zgodę?



DOBRE: – Dzień dobry, tu Jan Kowalski z banku X. Chciałbym panu przedstawić świetną ofertę, jako że wyraził pan na to zgodę podczas zakładania rachunku bankowego.



Lukratywny biznes, wysokie ryzyko

Źródło: PMR © NS

ok. 1 mld zł

WYNOŚI SZACUNKOWA WARTOŚĆ
RYNKU OUTSOURCINGU USŁUG
CALL CENTER W POLSCE

ok. 200

FIRM CALL CENTER JEST W NASZYM KRAJU

ponad 50%

FIRM CALL CENTER KORZYSTA
Z AUTOMATYCZNYCH SYSTEMÓW
WYWOŁUJĄCYCH

250 tys.

PRACOWNIKÓW JEST ZATRUDNIONYCH
W BRANŻY CALL CENTRE

OPRAC. JAS

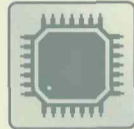
Branże, które zyskują
dzięki call centre:



bankowość
i finanse



ubezpieczenia



telekomunikacja
i informatyka



energetyka



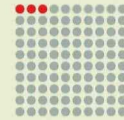
motoryzacja

Zgoda klienta na komunikację
marketingową musi być:

- ✓ **UPRZEDNIA** – uzyskana przed przekazaniem oferty marketingowej, a nie po przekazaniu bądź w trakcie;
- ✓ **WYRAŻNA** – nie może być wątpliwości, że konsument zdaje sobie sprawę, iż zgodził się na przekazywanie mu informacji marketingowych;
- ✓ **ŁATWA DO ODWOŁANIA** – proces odwołania zgody na przekazywanie informacji marketingowych nie może być bardziej skomplikowany niż proces pozyskania zgody; ponadto odwołanie zgody nie może się wiązać z żadnymi opłatami;
- ✓ **UTRWALONA** – przedsiębiorca musi dysponować dowodem, że konsument wyraził zgodę na przekazywanie mu informacji marketingowych;
- ✓ **ODDZIELONA OD INNYCH ZGÓD** – wyrażenie zgody na przekazywanie informacji handlowych nie może być związane z innymi zgodami czy akceptacją regulaminu przedstawionego przez przedsiębiorcę.

Kto i jakie sankcje
może nałożyć

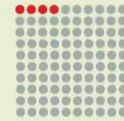
prezes Urzędu Komunikacji
Elektronicznej



do 3% przychodu

ZA NARUSZENIE ART. 172 PRAWA
TELEKOMUNIKACYJNEGO

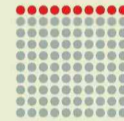
prezes Urzędu Ochrony Danych
Osobowych



do 4% przychodu

ZA NARUSZENIE POSTANOWIEŃ
RODO

prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów



do 10% przychodu

ZA STOSOWANIE PRAKTYK NARUSZAJĄCYCH
INTERESY KONSUMENTÓW

tomatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, a więc przed podjęciem jakichkolwiek czynności związanych z marketingiem. A taką czynnością jest już zadzwonienie do abonenta – nawet jeśli pierwsze pytanie będzie dotyczyło wyrażenia zgody na przedstawienie oferty.

Większość ekspertów uważa taką interpretację za właściwą. Choć są też fachowcy, którzy mają odmienne zdanie. I jakkolwiek stanowisko UOKiK jest jednoznaczne i istnieje duża szansa, że obroni się ono w sądach, to jednocześnie znaleźć można orzeczenia, w których sąd wyszedł z innego założenia. Przykład? Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z 4 stycznia 2019 r. (sygn. akt IV Ca 1873/16). Sąd stwierdził w nim, że zakaz dzwonięcia do konsumentów w celach marketingowych nie wyłącza możliwości kontaktu w celu uzyskania takiej zgody. „Nie jest sprzeczne z art. 172 prawa telekomunikacyjnego wykonywanie przez pracowników pozwanej połączeń na losowo wybrane numery abonentów bez ich zgody w celu ustalenia, czy wyrażają oni zgodę na kontakt telefoniczny w celu marketingu bezpośredniego. Dopiero po wyrażeniu zgody strona prowadzi w stosunku do abonentów czynności polegające na marketingu bezpośrednim” – czytamy w uzasadnieniu wyroku. Sąd zaznaczył w swym rozstrzygnięciu, że gdyby ustawodawca chciał zakazać kontaktu z abonentem w sposób całkowity, zrezygnowałby z wprowadzenia do przepisu przesłanki dotyczącej celowości kontaktu. Skoro zaś wyraźnie wskazał, co jest zabronione, należy domniemywać, że pozostałe działania są dozwolone.

Otwartym pytaniem pozostaje, czy – idąc za wyrokiem stołecznego sądu – dozwolona jest telesprzedaż podczas tej samej rozmowy, w której abonent wyraził zgodę na przedstawianie mu ofert, czy lepiej by było po uzyskaniu zgody zadzwonić raz jeszcze.

Sankcje: trzech prezesi stoją w kolejce

Kłopotem dla przedsiębiorców zaczęło być również to, że za naruszenie art. 172 prawa telekomunikacyjnego de facto ukarać mogą trzy różne organy: prezes UKE, prezes UOKiK oraz prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych.

– Jedynym organem bezpośrednio uprawnionym do nakładania kar za naruszenie art. 172 ust. 1 jest prezes UKE. Natomiast UOKiK i UODO mają uprawnienia do nakładania kar za odmienne naruszenia, które mogą dotyczyć szeroko

rozumianej działalności marketingowej – zaznacza Przemysław Poznański z wydziału komunikacji UKE. Wynika z tego, że poszczególne organy mają uprawnienia do stosowania sankcji za różne czyny, które w zależności od sytuacji mogą dotyczyć podobnego zakresu działalności danego podmiotu.

Prezes UOKiK może bowiem wymierzyć karę za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Czyli na przykład – jak podaje Przemysław Poznański – gdy przedsiębiorca kieruje telefoniczne zaproszenia do abonentów losowo wybranych numerów telefonów bez uzyskania uprzedniej zgody konsumentów na tego rodzaju kontakt telefoniczny. Z kolei prezes UODO ukarać może za naruszenia związane z niezgodnym z prawem przetwarzaniem danych osobowych. Praktyka prowadzenia biznesu call center pokazuje, że gdy dany podmiot narusza przepisy, narusza je w sposób umożliwiający nałożenie na niego kary przez wszystkie trzy organy.

– Telemarketing w obecnym otoczeniu prawnym jest działalnością wysokiego ryzyka, a funkcjonujące przepisy pozwalają na doszukiwanie się naruszeń niemal w każdej działalności tego typu. W rezultacie organy ochrony praw konsumentów oraz ochrony danych osobowych mogą dość swobodnie nakładać kary pieniężne – wskazuje adwokat Dominik Jędrzejko, partner w kancelarii Kaszubiak Jędrzejko Adwokaci sp. p. oraz autor bloga NieuczciwePraktykiRynkowe.pl. I przy okazji zwraca uwagę na nieprzewidywalność decyzji i różną wysokość kar, którą trudno logicznie wyjaśnić. – Nie sprzyja

to tak istotnej z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej stabilności. Można odnieść wrażenie, że telemarketing został uznany za uciążliwy i niepotrzebny sektor rynku, który jedynie zakłóca spokój konsumentom – twierdzi mec. Jędrzejko.

Łukasz Wroński, radca prawny w kancelarii BWHS, poprzednio dyrektor departamentu ochrony zbiorowych interesów konsumentów w UOKiK, zwraca z kolei uwagę, że działania UKE, UOKiK i UODO dotyczące niechcianego telemarketingu wywołują wśród przedsiębiorców obawy, że organy, klasyfikując te same działania firmy w rozmaity sposób, mogą stosować wobec przedsiębiorcy rozmaite sankcje dotyczące tożsamej praktyki telemarketingowej. – Mogą zatem istnieć uzasadnione obawy, czy deklarowana przez te organy współpraca wyeliminuje ryzyko tożsamych interwencji. W przypadku takich rozstrzygnięć administracyjnych na etapie sądowego rozpatrywania odwołań od decyzji z całą pewnością należy wykonywać ukształtowane już orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące ryzyka naruszenia Konstytucji RP oraz zasady zaufania jednostki do państwa, a także przepisów Karty praw podstawowych – zaleca mec. Wroński.

Obowiązki informacyjne

Warto bliżej przyjrzeć się kwestii odpowiedzialności przedsiębiorców za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych. Wiele firm telemarketingowych udaje bowiem, że nie weszło w życie RODO, czyli rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679

Co powiedział SN o odpowiedzialności podmiotu zlecającego?

„Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy zakaz używania ASW (automatycznych systemów wywołujących – red.) bez posiadania zgód marketingowych narusza przedsiębiorca, który zleca innemu podmiotowi użycie ASW w celach promocyjnych usług zleceńodawcy i dostarcza bazę numerów abonentów lub użytkowników końcowych, na urządzenia których mają być kierowane wiadomości SMS? Sąd Najwyższy uznaje, że takie zachowanie mieści się w zakresie normowania analizowanego zakazu już przy samej językowej wykładni art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego. Takie zachowanie jest użyciem ASW, czyli posłużeniem się ASW, zastosowaniem ASW jako środka służącego promowaniu usług przedsiębiorcy-zleceniodawcy. Zleceniodawca wskazuje bowiem ASW jako narzędzie kierowania komunikatów marketingu bezpośredniego do zdefiniowanego przez niego za pomocą numeru telefonu odbiorcy, co powoduje, że posługuje się on ASW (a zatem używa go w rozumieniu art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego) dla celów marketingu bezpośredniego”.

Fragment uzasadnienia uchwały SN z 16 lutego 2016 r. (sygn. akt III SZP 7/15)

z 27 kwietnia 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 (Dz.Urz. UE z 2016 r. L 119, s. 1). Między innymi dlatego, że jego postanowienia mogą być w prowadzeniu działalności kłopotliwe. A przestrzegać ich należy, by nie ryzykować kary pieniężnej.

Adam Sanocki, rzecznik prasowy UODO, przypomina, że podmiot, który wchodzi w posiadanie danych osobowych (a za taką uważany jest numer telefonu), a jednocześnie decyduje o celach i sposobach przetwarzania danych, staje się ich administratorem. Musi zatem spełnić obowiązki, jakie nakłada na niego RODO. – Oznacza to m.in., że telemarketer powinien dopełnić względem abonenta obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 14 RODO. Osoba dzwoniąca powinna zatem przy pierwszym kontakcie poinformować między innymi o tym, kto jest administratorem, skąd pozyskał dane, w jakim celu i na jakiej podstawie je wykorzystuje, jak długo będzie je przetwarzał, jakie prawa w związku z tym przysługują abonentowi – wylicza Adam Sanocki. I dodaje, że praktyka UODO dowodzi, iż nie zawsze wymogi te są przez telemarketerów respektowane.

Zdaniem prawników jednak jest to o tyle zrozumiałe (co nie znaczy, że tak wolno robić), że w praktyce wymogi RODO uniemożliwiają kontakt telefoniczny telemarketera z konsumentem na rozsąd-

Z art. 174 prawa telekomunikacyjnego wynika, że do uzyskania zgody abonenta lub użytkownika końcowego stosuje się przepisy o ochronie danych osobowych. Oznacza to, że uzyskanie zgody powinno być dobrowolnym, konkretnym, świadomym i jednoznacznym okazaniem woli, np. w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego.

nych zasadach. – Absurdalnie duża ilość informacji do przekazania przy pierwszym wykorzystaniu danych zajmować może nawet kilka minut. Co więcej, informacji tych nie ma jak przekazać w inny sposób, jeśli korzystamy jedynie z numeru telefonu abonenta. Każdy przedsiębiorca branży telemarketingowej wie, że pełne, jasne i zrozumiałe ich przekazanie przez telefon w zasadzie zabija przekaz marketingowy – spostrzega mec. Dominik Jędrzejko. W efekcie przedsiębiorcy próbują różnych rozwiązań, z których niektóre są wręcz kuriozalne, jak choćby odczytywanie długich klauzul informacyjnych przez automat po zakończeniu rozmowy z telemarketerem.

Dodatkowo trzeba pamiętać o art. 21 RODO, który gwarantuje każdemu, czyje dane są zbierane, do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania naszych danych osobowych, w tym na potrzeby marketingu bezpośredniego. Może on zostać wyrażony podczas rozmowy telefonicznej. Gdy z tego prawa abonent skorzysta, administrator powinien zaprzestać przetwarzania danych w celu działań marketingowych. Dalsze wykorzystywanie danych mimo sprzeciwu będzie stanowić już naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych.

– Z praktyki UODO wynika, że część firm telemarketingowych stosuje nieuczciwe praktyki i przetwarza dane osobowe w sposób niezgodny z prawem. Czyli nie ma podstaw prawnych do kontaktowania się z nami jako abonentami, nie uwzględnia naszego sprzeciwu i kontaktuje się z nami, mimo braku naszej zgody na to – wskazuje Adam Sanocki. I dodaje, że niektórzy przedsiębiorcy twierdzą, że w ogóle nie przetwarzają danych osobowych, inni tworzą takie rozwiązania czy narzędzia do przetwarzania danych, które mają na celu ominięcie prawa. Czasochłonne czy wymagające wręcz detektywistycznej pracy bywa także weryfikowanie powiązań i ról podmiotów,

OPINIE EKSPERTÓW

Artykuł 172 prawa telekomunikacyjnego jest bezprawnie interpretowany rozszerzająco



DOMINIK JĘDRZEJKO

advokat, partner w kancelarii Kaszubiak Jędrzejko Adwokaci sp. p. oraz autor bloga NieuczciwePraktykiRynkowe.pl

Sytuacja przedsiębiorców działających w branży telemarketingowej nie jest obecnie łatwa przede wszystkim z uwagi sposób interpretacji art. 172 prawa telekomunikacyjnego stosowany przez organy ochrony praw konsumentów, ale w równym stopniu ze względu na szeroki zakres obowiązków informacyjnych nałożony przez przepisy RODO.

Konsekwentnie stoję na stanowisku, iż wykonanie połączenia wyłącznie w celu uzyskania zgody na ewentualną działalność marketingową nie stanowi naruszenia art. 172 prawa telekomunikacyjnego i jest to przepis bezprawnie interpretowany rozszerzająco. Niemniej jednak mam świadomość, że nawiązywanie połączeń w ten sposób naraża przedsiębiorców na postępowania oraz kary pieniężne, co do których wysokości polityka prezesa UOKiK również uległa zauważalnemu zaostrzeniu. Co więcej, w niektórych branżach, szczególnie piętnowanych przez prezesa UOKiK, to ryzyko jest jeszcze wyższe.

Z innej strony ciągłemu rozbudowaniu ulegają bazy danych osób, które w różnych okolicznościach wyraziły zgodę na kontakt telemarketingowy i faktycznie są one coraz lepsze. Konsumentci udzielają bowiem zgód w wielu okolicznościach, szczególnie korzystając z internetu lub darmowych usług, o czym później często nie pamiętają. Wykorzystanie takich baz danych wydawać by się mogło odpowiednim rozwiązaniem, ale jest tak tylko na pozór. Restrykcyjne podejście do licznych obowiązków informacyjnych w zasadzie może prowadzić do postawienia zarzutu niemal każdemu przedsiębiorcy branży telemarketingowej. Posłużę się prostym przykładem. Jeśli zakupimy idealną bazę danych, w której znajdują się idealne zgody odbiorców na marketing naszych treści, a nawet wskazano nas jako podmiot na rzecz którego je wyrażono, to wymogi dotyczące obowiązków informacyjnych w zasadzie nie pozwolą nam na skorzystanie z niej w sposób legalny. Dlaczego? Absurdalnie duża ilość informacji (choćby wynikających z art. 13 i 14 RODO) do przekazania przy pierwszym wykorzystaniu danych powoduje, że trwa to nawet kilka minut. Co więcej, informacji tych nie ma jak przekazać w inny sposób, jeśli korzystamy jedynie z numeru telefonu abonenta. Każdy przedsiębiorca branży telemarketingowej wie, że pełne, jasne i zrozumiałe ich przekazanie przez telefon w zasadzie zabija przekaz marketingowy.

Sledzę rynek usług telemarketingowych od lat i w tym czasie odbieram wiele komunikatów telemarketingowych jako konsument. Przeregulowany obowiązek informacyjny skutkuje tym, że w zasadzie każdemu przedsiębiorcy da się przy pewnej dozie kreatywności postawić zarzut naruszenia zbiorowych interesów konsumentów – jeśli nie przez kontakt bez zgody, to naruszenie obowiązków informacyjnych. Przedsiębiorcy próbują różnych rozwiązań, z których niektóre są wręcz kuriozalne, jak choćby odczytywanie długich klauzul informacyjnych przez automat po zakończeniu rozmowy z telemarketerem (praktyka niektórych banków).

© JAS

Trzeba wreszcie wyeliminować stare bazy teleadresowe



DOROTA KARCEWSKA

radca prawny, counsel w kancelarii WKB Wierciński Kwieciński Baehr, była wiceprezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Niechciany telemarketing, z uwagi na jego nasilenie w ostatnich latach, należy oceniać jako negatywne zjawisko, które powinno zostać wyeliminowane. Na radarze UOKiK zagadnienie to pojawiło się m.in. przy okazji rozpatrywania spraw dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych związanych z zawieraniem umów na pokazach. Konsumentci w swoich skargach podnosili przede wszystkim, że wprowadzano ich w błąd co do stanu zdrowia, wywierano niedopuszczalny nacisk etc. Przy tej jednak okazji UOKiK ustalił, że w wielu przypadkach na etapie przedkontraktowym mogło dojść do naruszenia art. 172 prawa telekomunikacyjnego. Pod lupą organu ochrony konsumentów znalazły się także inne firmy korzystające z telemarketingu, a nie tylko te organizujące pokazy.

Pojedyncze decyzje UOKiK, skądinąd bardzo ważne i skuteczne w przypadku klientów pociąganego do odpowiedzialności przedsiębiorcy, nie rozwiążą jednak całkowicie problemu nieuprawnionego marketingu. Mając tego świadomość, UOKiK dyskutował rzeczony problem w ramach międzyresortowego zespołu roboczego przy Komitecie Społecznym Rady Ministrów, którego zadaniem miało być wypracowanie rozwiązań legislacyjnych dotyczących umów zawieranych poza lokalem. Przy okazji prac tego zespołu, i nie tylko, omawiano rolę poszczególnych organów: UODO, UKE, UOKiK w rozwiązaniu problemu.

Inicjowanie jakiegokolwiek rozmowy telefonicznej z konsumentem powinno mieć swoje umocowanie we wcześniej wyrażonej zgodzie, która nie powinna być przy tym domniemana lub dorozumiana z oświadczenia o innej treści. W praktyce możemy mieć do czynienia z różnymi sytuacjami. Dla przykładu: a) podmiot dysponuje podstawą prawną do przetwarzania danych osobowych, w tym w celach marketingu usług własnych, ale nie ma zgody na kontakt telefoniczny, b) podmiot nie ma podstawy do przetwarzania danych osobowych albo w ogóle, albo w celu marketingu, np. z uwagi na nabycie bazy. W tym drugim przypadku kontakt telefoniczny będzie nieuprawniony. Problem dziś polega na tym, że wiele baz, które stały się przedmiotem obrotu, może budzić wątpliwości co do ich legalności. Interwencja organów powinna zatem zmierzać do rozprawienia się właśnie z tą główną przyczyną nieuprawnionego telemarketingu. Jeżeli ciągle będziemy leczyli skutki, to efekty będą mierne.

© JAS

Ten spór szybko się nie zakończy

dr Paweł Litwiński: Jeżeli firma nie prowadzi marketingu, a tylko pyta o zgodę, nie ma mowy o przekazie marketingowym. Odmienne uważa prezes UOKiK. Rozbieżności pozostaną do czasu rozstrzygnięcia na poziomie Sądu Najwyższego lub wejścia rozporządzenia ePrivacy

Kontrowersje wokół art. 172 prawa telekomunikacyjnego trwają już od wielu lat. Dlaczego do tej pory nie udało się rozwiązać problemu?

Bo mamy przepis przyjęty przez Polskę, który nie jest implementacją żadnego przepisu prawa UE i który – jaki jest – każdy widzi. Mamy też bardzo powolny system egzekwowania zakazu wynikającego z tego przepisu – postępowania przed UOKiK trwają latami (np. w sprawie telefonów wykonywanych przez spółkę Philipiak, zakończone symboliczną karą, trwało... cztery lata). To powoduje, że po prostu nie zdążyła się dotychczas wyklarować żadna jednolita, akceptowalna przez sądy, interpretacja tego przepisu. I cały czas biznes próbuje mówić jedno, a regulator drugie.

Czy to dobrze, że kara z tego przepisu mogą w zasadzie trzy organy: UKE, UOKiK i UODO? Czy to ma w ogóle sens? Nie, to nie ma żadnego sensu. Dlatego w projekcie rozporządzenia ePrivacy, który – jeżeli zostanie przyjęty – zastąpi także art. 172 prawa telekomunikacyjnego,

proponuje się, żeby sankcje były jednolite: nakładane przez UODO według zasad określonych w RODO.

Jak należy rozumieć art. 172 prawa telekomunikacyjnego? Czy można zadzwonić do użytkownika i zapytać go o zgodę na przedstawienie oferty? Czy powinno się to odbywać podczas tego samego połączenia?

Część prawników, do których i ja się zaliczam, uważa, że można zadzwonić i poprosić o zgodę na przedstawienie oferty marketingowej. Podobnie uznał w ubiegłym roku Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie (w sprawie o sygn. akt IV Ca 1873/16). Moim zdaniem o kwalifikacji przekazu – treści rozmowy – decyduje zawsze jej treść. Jeżeli nie prowadzimy marketingu, a tylko pytamy o zgodę, nie ma mowy o przekazie marketingowym. Z kolei prezes UOKiK w decyzji skierowanej do spółki Netia uznał dokładnie odwrotnie: że nie jest dopuszczalny telefon w celu uzyskania zgody.

Ale do czasu rozstrzygnięcia na poziomie Sądu Najwyższego tego rodzaju roz-



DR PAWEŁ LITWIŃSKI

advokat w kancelarii Barta Litwiński

bieżności pozostaną. Pytanie tylko, czy kiedykolwiek doczekamy się takiego rozstrzygnięcia – bo jeżeli zostanie przyjęte rozporządzenie ePrivacy, to art. 172 prawa telekomunikacyjnego straci moc, a więc postępowania prowadzone na jego podstawie powinny być umorzone.

Zaostrzenie interpretacji urzędów, implementacja RODO i projektowane w UE rozporządzenie ePrivacy – wszystko to prowadzi do pytania: czy działalność telemarketerów w najbliższych latach będzie jeszcze możliwa (i opłacalna)?

Powinna być możliwa, tego wymaga od nas choćby konstytucyjna zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Trzeba natomiast wyważyć sprzeczne interesy: chęć dotarcia z przekazem do jak najszerszego grona potencjalnych klientów z jednej strony i prywatność tych klientów z drugiej. Jednak państwo w żadnym razie nie może tego wyważenia interesów rozumieć jako przyznanie racji tylko jednemu z tych chronionych interesów: przedsiębiorcy muszą mieć możliwość pozyskiwania klientów, a klienci muszą mieć skuteczne środki ochrony swoich praw. Dzisiaj, mam wrażenie, balansujemy między sprzecznościami: albo dzwoni każdy i bez ograniczeń, albo próbuje my tego dzwonięcia zakazać jako takiego.

© P

Rozmawiał Jakub Styczyński

które biorą udział w procesach przetwarzania danych w celach marketingowych. Dotyczy to m.in. tych, które działają na zlecenie, a ich celem jest zdobycie klientów dla innej firmy, zaproszenie na pokaz produktów itp. UODO obserwuje też, że część podmiotów, prowadząc działania marketingowe, nie dopełnia obowiązków informacyjnych, nie realizuje prawa do bycia zapomnianym, czyli usunięcia danych. Gdy prowadzone przez prezesa UODO postępowania administracyjne potwierdzają naruszenie praw osób, podejmowane są odpowiednie działania, np. wydawane są decyzje nakazujące przywrócenie stanu zgodnego z prawem.

Odpowie nie tylko wykonawca

Kolejnym kłopotem jest to, kto w ogóle może zostać ukarany za naruszenie przepisów. Ten, kto zleca wykonywanie akcji marketingowej? Czy może ten, kto ją wykonuje? A może obaj?

Tu kluczowe znaczenie ma uchwała Sądu Najwyższego z 16 lutego 2016 r. (sygn. akt III SZP 7/15). Sąd wskazał w niej, że przepis umożliwiający nałożenie kary za telemarketing (art. 209 ust. 1 w związku z art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego) może stanowić podstawę prawną nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który zlecił innemu podmiotowi wykorzystanie automatycznych systemów wywołujących do celów marketingu bezpośredniego usług tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wśród jego abonentów lub użytkowników końcowych na podstawie bazy przekazanych numerów telefonicznych.

Sąd Najwyższy chciał poprzez swoją uchwałę zatrzymać falę poszukiwania kruczków prawnych przez przedsiębiorców zainteresowanych telemarketingiem. Wiele firm zlecało bowiem podwykonawcom nielegalne praktyki, licząc na to, że ewentualne kary dotkną tylko zleceniobiorców. W ocenie sędziów byłaby to jednak fatalna praktyka. Konsekwencje musi przecież ponosić ten, kto najwięcej zyskuje na niezgodnym z prawem atakowaniu konsumentów. Zarazem oczywiście sankcja może dotknąć również tego, kto prowadzi niezgodną z prawem działalność. Fakt, że została ona przez kogoś zlecona, nie jest wystarczającym wytłumaczeniem łamania prawa (patrz ramka „Co powiedział SN o odpowiedzialności podmiotu zlecającego?”).

Trudno sprostać wymogom

Jak zatem powinni postępować przedsiębiorcy zainteresowani telemarketingiem, by nie narazić się na kary? Piotr Liwzic uważa, że w obecnej sytuacji bezpiecznym dla firm sposobem pozyskiwania zgód marketingowych jest ich zbieranie w postaci umożliwiającej bezsporne udowodnienie ich posiadania. Można je zbierać poprzez papierowy formularz lub w trakcie rozmowy telefonicznej, kiedy to klient dzwoni pierwszy i pyta o ofertę, a przedsiębiorca nagrywa taką rozmowę (za jego zgodą).

– Mniej bezpiecznym, ale możliwym do zastosowania sposobem pozyskania zgód jest zakup bazy marketingowej. Przy takim działaniu zażądałbym jednak od sprzedającego sporej próbki pozyskanych uprzednio zgód. W mojej opinii przedsiębiorcy nie wolno poprzestać wyłącznie na zapewnieniach kontrahenta dotyczących posiadania takowych – doradza Piotr Liwzic. Jego zdaniem – mając na uwadze wzmoczoną w ostatnim czasie aktywność organów państwa – przedsiębiorca powinien przywiązywać dużą wagę nie tylko do pozyskiwania zgód, lecz także do sposobu ich przechowywania czy też odpowiednich terminów archiwizacji. Warto np. przechowywać nie tylko informacje dotyczące „kliknięcia” w checkbox zgody czy przycisku „wyślij”, lecz także samą treść komunikatu dotyczącego pozyskiwanej zgody.

Schylek call center?

Czy uzasadnione jest mówienie o zmierzchu telemarketingu? I tak, i nie. Do lamusa bowiem rzeczywiście odchodzi telemarketing, jaki znamy, a więc opierający się głównie na wydzwanianiu do ludzi i przedstawianiu im ofert handlowych. Jednocześnie jednak marketing przynosi na tyle duży zarobek biznesowi, że tak łatwo on z niego nie zrezygnuje.

– Działania regulatorów rzeczywiście znacznie ograniczają możliwość legalnego kierowania marketingu telefonicznego. Niemniej jednak wydaje się, że sektor reklamy otwiera się na nowe formy marketingu. Marketing telefoniczny jest coraz częściej wypierany przez reklamy behawioralne – spostrzega dr Maciej Kawecki, dziekan Wyższej Szkoły Bankowej w Warszawie, of counsel w kancelarii Maruta Wachta, a wcześniej koordynator prac nad reformą ochrony danych osobo-

wych w Ministerstwie Cyfryzacji. Chodzi o reklamy, które opierają się na danych profilujących użytkownika, np. z wykorzystaniem internetowych „ciasteczek”.

Podobnie uważa Maciej Buś. Jego zdaniem większa świadomość konsumentów wspomagana technologiami internetowymi, w tym w szczególności internetowymi sieciami społecznościowymi, powoduje, że firmom coraz trudniej nawiązać relację w skuteczny jeszcze do niedawna sposób. Zachowania technumenckie, model podejmowania decyzji zakupowych bardzo się bowiem na przestrzeni zaledwie kilku ostatnich lat zmienił, a te zmiany będą się pogłębiały. – Ogromną szansą dla firm jest zmiana sposobu myślenia o sprzedaży i trybu działania. Planując proces sprzedażowy, należy w pierwszej kolejności uwzględnić działania o charakterze innym niż telefoniczne. Trzeba być tam, gdzie możemy spotkać klienta (media, internet, ulica) i odpowiednimi działaniami wywołać u niego potrzebę kontaktu – zauważa prezes Forum Call Center.

Decyzje na szczelbu unijnym

Eksperci zwracają uwagę, że istotne w kontekście przyszłości telemarketingu powinny być również prace na szczelbu unijnym nad rozporządzeniem dotyczącym prywatności.

– Doskonałą okazją do przeprowadzenia dyskusji na ten temat mógłby być proces wdrożenia rozporządzenia ePrivacy i przyjęcia jednolitych rozwiązań dotyczących marketingu w całej UE. Niestety pod koniec 2019 r. Rada UE odrzuciła wypracowany projekt rozporządzenia. Należy jednak zakładać, że to nie koniec procesu legislacyjnego i prezydencja Chorwacji podejmie próbę wypracowania kompromisowych rozwiązań – przewiduje mec. Łukasz Wroński.

Dopóki jednak tak się nie stanie, dopóty należy przypuszczać, że temat legalności telemarketingu będzie w Polsce regularnie powracał. Tym bardziej że przedstawiciele organów administracji publicznej sugerują, iż nie może już być mowy o jakiegokolwiek taryfie ulgowej. Przedsiębiorcy doskonale znają wykładnię art. 172 ust. 1 prawa telekomunikacyjnego stosowaną przez urzędników, zatem jeśli postępują wbrew niej, nie powinni być skoczni ewentualnymi sankcjami.

© P