

## Podstawy przetwarzania danych w celach marketingowych w świetle przepisów prawa telekomunikacyjnego

### Spis treści

- I. Marketing
- II. Stosunek przepisów sektorowych do przepisów ogólnych dotyczących przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych.
  1. Uwagi wstępne
  2. Norma kolizyjna art. 5 u.o.d.o.
  3. Zbieg norm prawnych
  4. Zasada komplementarności przepisów ogólnych i sektorowych
- III. Przetwarzanie danych w sektorze telekomunikacyjnym
  1. Uwagi wstępne
  2. Przetwarzanie danych transmisyjnych
  3. Przetwarzanie innych danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną.
  4. Przetwarzanie danych nie związanych z procesem komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych.
- IV. Warunki przetwarzania danych
  1. Warunki przetwarzania danych w celach marketingowych na podstawie art. 165 ust. 4 Pt
    - 1.1. Zgoda jako podstawa przetwarzania danych
    - 1.2. Związanie celem
  2. Warunki przetwarzania danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną nie wskazanych w art. 165 ust. 4 Pt
  3. Warunki przetwarzania danych, które nie powstały w ramach komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych

### Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie zagadnienia podstawy przetwarzania danych w celach marketingowych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Główny problem dotyczy stosunku przepisów sektorowych, jakimi są przepisy prawa telekomunikacyjnego do przepisów ogólnych wynikających z ustawy o ochronie danych osobowych. Zagadnienie to wymaga analizy kolizji norm, do której dochodzi pomiędzy tymi ustawami, w szczególności ustalenia treści normy kolizyjnej

\* Doktorant w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

zawartej w art. 5 ustawy o ochronie danych osobowych, stanowiącym podstawę wyznaczania relacji przepisów ogólnych i sektorowych w tym zakresie.

**Słowa kluczowe:** telekomunikacja, marketing, dane chronione tajemnicą telekomunikacyjną, dane transmisyjne, norma kolizyjna, zbieg norm.

## I. Marketing

Brak w polskich uregulowaniach prawnych legalnej definicji marketingu zmusza do odwołania się do wykładni językowej tego terminu. Słownik języka polskiego definiuje marketing jako działanie mające na celu poznanie potrzeb konsumentów, ustalenie wielkości produkcji oraz metody dystrybucji, sprzedaży i reklamy towarów<sup>1</sup>. Ekonomiczna definicja tego terminu podkreśla nakierowanie działań marketingowych na określenie możliwości sprzedaży produktu<sup>2</sup>. Z kolei w decyzji Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 11 maja 2012 roku (sygn. DOLiS/DEC-412/12/29474, 29481), wskazuje się, iż „istotą marketingu są działania mające na celu kształtowanie popytu poprzez poszerzenie kręgu nabywców na usługi świadczone przez firmę, jak również poprawienie relacji pomiędzy firmą a klientem”. Marketing więc nie polega wyłącznie na reklamie<sup>3</sup> oferowanych produktów, ale obejmuje również inne działania, które służą podstawowemu celowi jakim jest sprzedaż produktów lub usług takich jak kreowanie nowych rynków i potrzeb, adresowanie oferty do konkretnej grupy klientów, rozpoznawanie potrzeb klientów w celu oferowania nowych rozwiązań i produktów, czy chociażby kreowanie wizerunku przedsiębiorcy. Zgodnie z takim rozumieniem marketingu przekazy takie jak życzenia z okazji świąt wysłane do klienta stanowią przekaz marketingowy.

Marketing, jako forma komunikacji może przybierać formę bezpośrednią. Istnieje wiele definicji tej formy marketingu jednak najistotniejszym jej elementem jest bezpośrednie kierowanie komunikatu do wybranego odbiorcy, a więc kryterium marketingu bezpośredniego będą spełniać takie formy komunikacji, które zakładają bezpośrednie komunikowanie się usługodawcy z usługobiorcą, w tym w szczególności marketing telefoniczny, marketing tradycyjną pocztą, czy pocztą elektroniczną<sup>4</sup>. W tym miejscu wspomnieć należy, iż sam dobór kanału kontaktu z klientami może mieć wpływ na zakres zastosowania przepisów prawa w tym zakresie.

W związku z powyższym należy zauważyć, iż ustawa z 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800 ze zm.), dalej „Pł” co do zasady nie odnosi się do różnych kategorii marketingu. Pojęcie marketingu bezpośredniego występuje wyłącznie w kontekście art. 172 Pł, jednak o przetwarzaniu danych telekomunikacyjnych w celach marketingowych jest mowa w ustawie głównie w kontekście marketingu bezpośredniego.

<sup>1</sup> <http://sjp.pwn.pl/slownik/2567058/marketing>

<sup>2</sup> <http://biznes.pwn.pl/haslo/3937899/marketing.html> marketing [ang. *market* 'rynek'], ekon. działania zmierzające do określenia możliwości sprzedaży produktu, uwzględniające istniejące lub potencjalne potrzeby nabywców w krótkim lub długim okresie i związane z tym możliwości dystrybucji, reklamy, planowania produkcji, badań rynku.

<sup>3</sup> Reklama zgodnie z definicją zawartą w Kodeksie Etyki Reklamy to przekaz zawierający w szczególności informację lub wypowiedź, zwłaszcza odpłatny lub za wynagrodzeniem w innej formie, towarzyszący czyjejkolwiek działalności, mający na celu zwiększenie zbytu produktów, inną formę korzystania z nich lub osiągnięcie innego efektu, które są pożądane przez reklamodawcę. Do reklamy zalicza się również promocję sprzedaży, oferty kierowane do odbiorców za pomocą marketingu bezpośredniego lub sponsoring. <http://www.radareklamy.org/ker-definicje.htm>

<sup>4</sup> Zob. szerzej np. T. Sztucki, *Encyklopedia marketingu*, Warszawa 1998, s. 166.

## II. Stosunek przepisów sektorowych do przepisów ogólnych dotyczących przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych

### 1. Uwagi wstępne

Przepisy prawa telekomunikacyjnego w zakresie ochrony danych abonentów są przepisami sektorowymi, szczególnymi w stosunku do przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Wzajemny stosunek tych przepisów następuje wielu praktycznych problemów ponieważ relacje między nimi nie zostały poddane utrwalonym regułom interpretacyjnym dotyczącym kolizji przepisów prawa<sup>5</sup>. Art. 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.) dalej „u.o.d.o.” zawiera nową w stosunku do utrwalonych reguł kolizyjnych<sup>6</sup> normę nakazującą w procesie rozstrzygnięcia kolizji pomiędzy przepisami ustaw, które odnoszą się do przetwarzania danych osobowych, rozstrzygnięcie na rzecz przepisów przewidujących dalej idącą ich ochronę, niż wynika to z ustawy o ochronie danych osobowych. Innymi słowy jeśli przepisy ustaw sektorowych, takich jak przepisy prawa telekomunikacyjnego przewidują ochronę równą lub mniejszą w porównaniu z ustawą o ochronie danych osobowych, zastosowanie będą miały przepisy sektorowe. Powyższa reguła odniesiona zostanie wyłącznie do danych przetwarzanych w celach marketingowych.

Wskazana norma, jak wskazuje chociażby Dariusz Adamski<sup>7</sup>, stanowi o komplementarności przepisów ogólnych oraz sektorowych, czyli ich uzupełnianiu się. Konkluzja ta powinna być jednak uzupełniona o dodatkowe elementy umożliwiające zidentyfikowanie w określonej sytuacji sposobu, w jaki przepisy obu ustaw uzupełniają się w zakresie przetwarzania danych w celach marketingowych. Konflikt pomiędzy tymi przepisami zarysowuje się na gruncie stosowania przesłanek legalizujących wskazanych w art. 23 u.o.d.o. na tle przepisów sektorowych Pt.

Powszechna i w zasadzie niekwestionowana praktyka w zakresie prowadzenia działań marketingowych w sektorze telekomunikacyjnym polega na wskazywaniu jako podstawy prawnej art. 23 ust. 1 pkt 5 w zw. z ust. 4 pkt 1 u.o.d.o. Jak wskazuje S. Piątek praktyka taka jest uzasadniona pod warunkiem uznania, iż przepis art. 165 ust. 4 Pt nie przewiduje dalej idącej ochrony danych osobowych abonentów niż przepisy art. 23 u.o.d.o.<sup>8</sup>, co zdaje się potwierdzać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 16.05.2011 r. II SA/Wa 643/11. W wyroku tym, w którym Sąd wskazuje, iż „Dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych jest uprawniony do przetwarzania danych osobowych usługobiorcy, jeżeli jego dane przetwarza w celu świadczenia i wykonania usługi telekomunikacyjnej. W każdym innym przypadku podejmowania działań, w szczególności realizujących cel komercyjny, marketingowy, a nie związany wprost z wykonaniem usługi telekomunikacyjnej, usługodawca będzie stosować przepisy ustawy o ochronie danych osobowych i poszukiwać przesłanki legalizującej przetwarzania danych osobowych dla swych działań”. Sąd zdaje się wychodzić przy tym z założenia, iż podstawą przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną jest art. 161 Pt. Na jego podstawie w ocenie Sądu,

<sup>5</sup> Szerzej D. Adamski, *O ochronie danych w telekomunikacji*. Prawo Mediów Elektronicznych 6/2007, Dodatek do Monitora Prawniczego Nr 4/2007, Legalis.

<sup>6</sup> Generalnymi regułami w tym zakresie pozostają niezmiennie reguły: *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* oraz *lex superior derogat legi inferiori*.

<sup>7</sup> D. Adamski, *O ochronie danych...*, Legalis.

<sup>8</sup> S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, uwagi do art. 165, Legalis, pkt. 7.

dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych jest uprawniony do przetwarzania danych osobowych usługobiorcy, jeżeli jego dane przetwarza w celu świadczenia i wykonywania usług telekomunikacyjnych. Natomiast jeżeli nie przetwarza ich w tym celu, musi szukać przesłanki legalizującej w innych przepisach ustawowych, o których mowa w art. 161 ust. 1 zd. 2 Pt. Jeżeli przez przepisy te rozumieć również przepisy ustawy Pt to wniosek Sądu jest chybiony, o tyle, o ile inne przepisy tej ustawy, w tym art. 165 ust. 4 Pt, dotyczą przetwarzania danych w celu marketingowym.

Odmienne stanowisko dotyczące stosowania przepisów ustawy o ochronie danych osobowych i prawa telekomunikacyjnego przedstawione zostało w decyzji Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 21.8.2006 r. (sygn.akt GI-DEC-DS.-312/06) w której GODO wskazuje, iż ocena legalności działań operatora telekomunikacyjnego przetwarzającego dane transmisyjne będące danymi osobowymi, podlega reżimowi przepisów prawa telekomunikacyjnego na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 2 u.o.d.o. Podobnie wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26.1.2009 r. (sygn.akt I OSK 174/08) wskazujący, iż przepis art. 159 ust. 2 Pt przewiduje silniejszą ochronę danych niż przepis art. 23 u.o.d.o. i dlatego to on znajdzie zastosowanie jako podstawa legalizująca przetwarzanie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną. Zatem w takiej sytuacji dojdzie do częściowego wyłączenia przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Wyłączenie to dotyczyć będzie w ocenie Sądu przesłanek legalizujących przetwarzanie danych osobowych art. 23 ust. 1 u.o.d.o. Wyrok ten, wskazując na częściowe wyłączenie przepisów ustawowych, zdaje się potwierdzać tezę o komplementarności przepisów ogólnych i sektorowych, a więc ich uzupełnianiu się.

## 2. Norma kolizyjna art. 5 u.o.d.o.

Przytoczone wyżej orzeczenia i decyzja nie wyznaczają jednolitego wzoru postępowania, jakie należy przyjąć na tle art. 5 u.o.d.o. Jak wyżej wskazano, art. 5 u.o.d.o. zawiera normę kolizyjną nakazującą rozstrzygnięcie zbiegu norm u.o.d.o. i innych ustaw na korzyść norm przewidujących wyższy poziom ochrony. Jak podkreśla się w literaturze norma ta odbiega od ustalonych reguł kolizyjnych<sup>9</sup> i wprowadza w wielu przypadkach niejasność interpretacyjną<sup>10</sup>. Analizując jej znaczenie należy w pierwszej kolejności ustalić właściwy sposób wykładni art. 5 u.o.d.o.

Po pierwsze należy wskazać, iż jak każda norma kolizyjna, norma wyrażona w art. 5 u.o.d.o. rozstrzyga konflikt nie pomiędzy przepisami prawa, które w teorii prawa są definiowane wyłącznie jako jednostki redakcyjne, a pomiędzy normami prawnymi, które pojawiają się dopiero w procesie interpretacji przepisów prawa. Dopiero po przeprowadzeniu wykładni możemy stwierdzić, czy dwie normy prawne są w takim stosunku, iż zachodzi pomiędzy nimi sprzeczność. Trzeba w tym miejscu powołać się na pogląd, iż art. 5 u.o.d.o. nie będzie miał absolutnego pierwszeństwa przed wskazanymi regułami interpretacyjnymi, gdyż jeżeli nie prowadzi on do wyeliminowania sprzeczności należy zwrócić się do generalnych reguł wykładni prawa<sup>11</sup>. Popierając ten pogląd, należy jednak dokonać zastrzeżenia, iż do generalnych reguł wykładni prawa należy się odwołać już przy dokonywaniu wykładni przepisów, a nie dopiero w momencie, gdy wykładnia taka nie daje

<sup>9</sup> D. Adamski, *O ochronie danych...*, Legalis.

<sup>10</sup> Ibidem, także J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych*. Komentarz, uwagi do art. 5; Lex pkt. 3.

<sup>11</sup> Podobnie J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych...*, uwagi do art. 5, Lex; pkt 3.

satysfakcjonujących wyników. W tym celu należy dokonać analizy relacji przepisów Pt i u.o.d.o. na podstawie generalnych reguł wykładni prawa.

Nie ulega wątpliwości, iż pomiędzy przepisami u.o.d.o., a przepisami sektorowymi ustawy Pt występuje relacja normy ogólnej do normy szczególnej. Prawidłowy jest zatem wniosek, iż gdyby nie istniał przepis art. 5 u.o.d.o. to w przypadku kolizji norm obu ustaw zastosowanie miałaby reguła kolizyjna *lex specialis derogat legi generali*. Zresztą należy zauważyć, iż w normie kolizyjnej zawartej w art. 5 u.o.d.o., jak słusznie wskazuje J. Barta<sup>12</sup>, można dopatrzeć się refleksu reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*. Zasadnicza różnica pomiędzy nimi polega na tym, iż norma kolizyjna art. 5 u.o.d.o. nakazuje w przypadku kolizji norm wybrać normę przewidującą ochronę dalej idącą. W ocenie autora jest to dodatkowy warunek stawiany przez art. 5 u.o.d.o., gdyż w pozostałym zakresie dochodzi do zastosowania metod wypracowanych w ramach reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*. Oznacza to, w praktyce, iż przy porównywaniu przepisów u.o.d.o. z przepisami ustawy Pt w pierwszej kolejności należy wyłonić normy prawne, które są ze sobą sprzeczne, a dopiero później wyeliminować tę, która zapewnia ochronę równą lub niższą od normy wskazanej przepisami u.o.d.o. Punktem wyjścia jest więc ustalenie, iż hipotezy obu norm są różne<sup>13</sup>, przy czym zakres adresatów lub zakres okoliczności *lex specialis* w jakich realizowana jest norma zawiera się w zakresie adresatów lub okoliczności *lex generalis*, a więc iż przynajmniej jeden tak określony zakres obu norm jest identyczny. Przy występowaniu dwóch identycznych zakresów oraz dwóch odmiennych dyspozycji nakazujących różne zachowanie dochodzi do kolizji norm.

Prowadzi to w konsekwencji do wniosku, iż przepisy szczególne nie wyłączają całkowicie zastosowania przepisów generalnych, a tym samym należy w procesie stosowania prawa traktować przepisy komplementarnie. Przepis specjalny nie uchyla bowiem przepisu ogólnego w całości, a tylko w takim zakresie, w jakim zakres tych przepisów jest identyczny<sup>14</sup>. Oznacza to na gruncie rozważań dotyczących relacji normy art. 165 ust. 4 Pt do normy wynikającej z art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o., iż przepis ten nie będzie miał zastosowania do wszystkich działań marketingowych prowadzonych przez podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne.

W przypadku wystąpienia tak rozumianego zbiegu norm dojść może dopiero do zastosowania dodatkowej przesłanki wskazanej przez art. 5 u.o.d.o. tj. rozważania, która norma prawna zapewnia ochronę dalej idącą. Jednak już samo rozstrzygnięcie, która z nich jest oparta na przepisach dalej idących może nastroczać wiele problemów. Warto wspomnieć w kontekście tej przesłanki, iż norma ta ma cechy normy semi-imperatywnej. Norma tego typu nie najlepiej sprawdza się jako instrument eliminowania sprzecznych ze sobą działań tego samego podmiotu tj. ustawodawcy, choćby z tego względu, iż bardzo trudno jest wskazać, który z przepisów określa minimalną ochronę oraz w jakim zakresie przepis ogólny i sektorowy są swoimi odpowiednikami.

Przy okazji należy zauważyć, iż norma kolizyjna art. 5 u.o.d.o. eliminuje zastosowanie zarówno zasady *lex specialis derogat legi generali* jak i zasadę *lex posterior derogat legi priori*, gdyż wymaga zapewnienia wyższego poziomu ochrony, bez względu na to, czy przepis jest uważany za *lex specialis* czy *lex posteriori*. Nie eliminuje on natomiast zasady wykładni prawa *lex superior*

<sup>12</sup> J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych...*, uwagi do art. 5, Lex; pkt 1.

<sup>13</sup> Przyjmuje się, iż różnice w dyspozycji przy identycznych hipotezach nie są traktowane jak relacja *lex specialis – lex generalis* – zob. S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 1999, s. 57.

<sup>14</sup> Tak też J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych...*, uwagi do art. 5, Lex, pkt 3.

*derogat legi inferiori*, czyli zasady pierwszeństwa norm ustanowionych przepisem aktu wyżej rangi w hierarchii aktów prawnych, ponieważ art. 5 u.o.d.o. odnosi się wyłącznie do przepisów rangi ustawowej.

### 3. Zbieg norm prawnych

Przepisami odnoszącymi się bezpośrednio do przetwarzania danych w celach marketingowych w obu ustawach są odpowiednio:

- art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. oraz
- art. 165 ust. 4 Pt.

Porównując przepis art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. oraz art. 165 ust. 4 Pt w pierwszej kolejności należy wskazać, iż na ich podstawie można wyróżnić dwie ogólne normy, zgodnie z którymi:

- 1) Przetwarzanie danych osobowych przez administratora danych osobowych w celach marketingu bezpośredniego własnych produktów i usług jest dozwolone bez uzyskiwania odrębnej zgody – na podstawie art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o.
- 2) Przetwarzanie danych transmisyjnych przez dostawcę usług telekomunikacyjnych w celu marketingu usług telekomunikacyjnych jest dozwolone w przypadku wyrażenia zgody przez użytkownika końcowego – zgodnie z art. 165 ust. 4 Pt.

Zakres wspólny wyżej wskazanych norm (ich hipotez) będzie obejmował przetwarzanie danych osobowych będących danymi transmisyjnymi, dotyczących użytkowników końcowych, przez administratora danych osobowych będącego dostawcą usług telekomunikacji w celach marketingu bezpośredniego własnych usług telekomunikacyjnych.

Dyspozycje obu wskazanych wyżej norm mających zastosowanie do tak ustalonego zakresu wspólnego pozostają w sprzeczności. Wyznaczają bowiem przy zaistnieniu tego samego zakresu odmienne zachowania wyrażające się w tym, iż w przypadku pierwszej normy dyspozycja nakazuje oparcie przetwarzania w celu marketingowym na przesłance ustawowej nie wymagającej wyrażenia zgody przez podmiot, którego dane będą przetwarzane (art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o.). Natomiast dyspozycja drugiej normy zakłada działanie na podstawie udzielonej przez podmiot zgody (art. 165 ust. 4 Pt).

Ustawodawca nie wskazuje w art. 5 u.o.d.o. co należy rozumieć przez przepis dalej idący, jednak w ocenie autora będzie to przepis, którego norma zakłada większą ochronę osoby chronionej i który stawia wyższe wymogi podmiotowi przetwarzającemu takie dane. W związku z tym, przepisem (normą) dalej idącą w rozumieniu art. 5 u.o.d.o. jest przepis art. 165 ust. 4 Pt ponieważ wymaga dodatkowego działania w postaci uzyskania zgody. To on będzie miał zastosowanie do przetwarzania danych rozstrzygając kolizję przepisów na rzecz przepisów sektorowych. Prawidłowo odczytana norma skierowana do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego powinna brzmieć następująco: „Przetwarzanie danych osobowych, będących danymi transmisyjnymi, dotyczącymi użytkowników końcowych, przez administratora danych osobowych będącego dostawcą usług telekomunikacyjnych, w celach marketingu bezpośredniego własnych usług telekomunikacyjnych, wymaga zgody użytkownika końcowego”.

Podkreślić należy jednak, że tylko w przedstawionym wyżej zakresie dochodzi do kolizji norm. Przetwarzanie danych nie będących danymi osobowymi lub przetwarzanie danych będących

danymi osobowymi w celu marketingu usług innych niż telekomunikacyjne nie prowadzi do kolizji norm, a tym samym przepis art. 5 u.o.d.o. nie będzie miał zastosowania.

Warto jeszcze dodać, iż art. 5 u.o.d.o. będzie samodzielną podstawą odesłania do przepisów, które będą stanowiły podstawę przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną (po rozstrzygnięciu kolizji norm). W tej sytuacji wyłączone zostają przepisy Pt odsyłające do innych ustaw jak np. art. 159 ust. 4 Pt w zakresie u.o.d.o. W przypadku więc, gdy art. 5 u.o.d.o. odeśle do przepisów Pt przepisy Pt nie mogą posłużyć do zwrotnego odesłania do przepisów u.o.d.o.

#### **4. Zasada komplementarności przepisów ogólnych i sektorowych**

Zasada komplementarności na gruncie przedstawionej wyżej wykładni art. 5 u.o.d.o. powinna być rozumiana w ten sposób, iż zastosowanie mają przepisy obu ustaw w zakresie, w jakim nie dochodzi do kolizji norm (rozstrzyganej przez art. 5 u.o.d.o.) i w zakresie w jakim normy te się uzupełniają lub ustanawiają w sposób odmienny, możliwe do pogodzenia, prawa i obowiązki podmiotów im podlegających. Na gruncie ustawy Pt i u.o.d.o. można wskazać, iż do takich uregulowań uzupełniających należą m.in. przepisy dotyczące obowiązków informacyjnych wymienionych w obu ustawach, czy ustanowiony przez u.o.d.o. obowiązek rejestracji zbioru danych, nie mający bezpośredniego odpowiednika w prawie telekomunikacyjnym.

Na gruncie tych rozważań pojawia się pytanie dotyczące zasadności odesłania do innych ustaw w przesłankach legalnego przetwarzania danych wskazanych w art. 159 ust. 2 oraz 161 ust. 1 zd. 2 Pt. Jak wskazano bowiem wyżej, zastosowanie innych ustaw wynikać powinno z ogólnych założeń stosowania prawa.

Odesłanie takie jest jednak w ocenie autora konieczne przynajmniej w zakresie uprawnień podmiotu przetwarzającego dane, tak długo jak powołane wyżej artykuły prawa telekomunikacyjnego wprowadzają wyraźny zakaz przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną poza przypadkami określonymi ustawowo. Przepisy te wyłączają dopuszczalność przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną w sytuacjach innych niż w nich określone. Pośrednio wskazują, iż ustawa Pt jest wyłączną ustawą regulującą to zagadnienie. Wskazane przesłanki przetwarzania danych stanowią wyjątek od tej ogólnej reguły, a wyjątek nie powinien być interpretowany rozszerzająco. W związku z tym brak w prawie telekomunikacyjnym wyraźnego odesłania do innych ustaw uzasadniałby wątpliwość co do możliwości przetwarzania danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną na podstawie innych przepisów. Wyraźne odesłanie eliminuje wątpliwości w tym zakresie.

### **III. Przetwarzanie danych w sektorze telekomunikacyjnym**

#### **1. Uwagi wstępne**

Tajemnica telekomunikacyjna dotyczy danych wskazanych w art. 159 ust. 1 Pt Są nią objęte: dane dotyczące użytkownika; treść indywidualnych komunikatów; dane transmisyjne; dane o lokalizacji oraz dane o próbach uzyskania połączenia między określonymi zakończeniami sieci telekomunikacyjnej.

Z uwagi na tematykę niniejszego artykułu należy wymienić trzy istotne cechy ochrony przyznanej przez prawo telekomunikacyjne. Po pierwsze podkreślić należy, iż dane przetwarzane w ramach

prawa telekomunikacyjnego to dane telekomunikacyjne chronione w ramach tajemnicy komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych. Nie należy więc rozpatrywać ich ochrony w oderwaniu od źródła ich powstania i przetwarzania, którym jest proces komunikacji z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnej. W przypadku braku takiego powiązania zmiana ulegnie ochrona przyznana ustawą<sup>15</sup>. Dobrym przykładem tego typu zależności jest wykorzystanie numeru telefonicznego (numeru MSISDN), którego przetwarzanie może mieć związek z komunikowaniem się w sieciach telekomunikacyjnych przy przekazywaniu komunikatów przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. W takiej sytuacji numer ten będzie odpowiadał definicji danej transmisyjnej, o której mowa w art. 159 ust. 1 pkt 3 Pt i będzie podlegał ochronie przyznanej prawem telekomunikacyjnym. Natomiast dla podmiotów korzystających z numeru zapisanego np. w spisie telefonicznym będzie on wyłącznie daną o abonencie, co w przypadku osób fizycznych oznaczać będzie daną osobową w rozumieniu u.o.d.o. W przypadku gdyby dane chronione tajemnicą telekomunikacyjną były chronione w oderwaniu od samego procesu komunikowania się w sieci telekomunikacyjnej, numer telefonu należałoby zawsze traktować jako daną transmisyjną, a to oznaczałoby nałożenie na każdego, kto posługuje się numerem telefonu obowiązków wynikających z prawa telekomunikacyjnego.

Po drugie należy wskazać, iż tajemnica telekomunikacyjna obejmuje dane każdego podmiotu bez względu na jego rodzaj, czy formę prawną, w przeciwieństwie do ustawy o ochronie danych osobowych obejmującej ochroną dane osób fizycznych. Oznacza to, iż w zakresie w jakim zastosowanie ma tajemnica telekomunikacyjna, wszystkie podmioty muszą być traktowane jednakowo.

Po trzecie zauważyć należy, iż prawo telekomunikacyjne reguluje przetwarzanie danych w celu marketingowym wyłącznie w art. 165 ust. 4 Pt i odnosi się w tej sprawie wyłącznie do danych transmisyjnych, które są tylko jedną z kategorii danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną. Wykorzystanie pozostałych danych w tym celu nie zostało przez ustawodawcę uregulowane wprost i dlatego ich przetwarzanie w celu marketingowym będzie opierało się na innych zasadach.

Z uwagi na powyższe można pogrupować dane przetwarzane w celach marketingowych w telekomunikacji. Pogrupowanie takie jest uzasadnione ponieważ dane w każdej grupie będą przetwarzane na innych podstawach prawnych. Te trzy grupy będą obejmowały:

- dane wskazane w art. 159 ust. 1 pkt. 3 Pt czyli dane transmisyjne,
- dane wskazane w art. 159 ust. 1 pkt. 1,2,4,5 Pt oraz
- dane, które można zakwalifikować jako dane wymienione w art. 159 ust. 1 pkt. 1–5 jednak z uwagi na fakt, iż nie są one powiązane z procesem komunikacji w sieciach telekomunikacyjnych nie są one objęte tajemnicą telekomunikacyjną.

## 2. Przetwarzanie danych transmisyjnych

W zakresie przetwarzania danych w celach marketingowych prawo telekomunikacyjne reguluje wykorzystanie wyłącznie danych transmisyjnych, wskazując w art. 165 ust. 4 Pt iż dane te mogą być przetwarzane w celach marketingowych wyłącznie po uzyskaniu zgody. Ponieważ ustawodawca wyraźnie wyróżnił tę kategorię danych, ustalenie czym są dane transmisyjne powinno rozpoczynać wszelkie rozważania w sprawach przetwarzania danych w celach marketingowych w telekomunikacji.

<sup>15</sup> Do podobnego wniosku można dojść na podstawie przepisów art. 159 ust. 2 i art. 161 ust. 1 Pt w zakresie w jakim legalizacja przetwarzania danych przez te przepisy dotyczy użytkownika końcowego. Szerzej zob. S. Piątek; *Prawo telekomunikacyjne...*, uwagi do art. 162, Legalis; pkt. 2.

Dane transmisyjne to zgodnie z definicją zawartą w art. 159 ust. 1 pkt 3 Pt dane przetwarzane dla celów przekazywania komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczania opłat za usługi telekomunikacyjne, w tym dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zgodnie z tą definicją do danych transmisyjnych zaliczyć możemy numer MSISDN, IMSI, IMEI, dane dotyczące rozpoczęcia i zakończenia rozmowy, dane miejsca logowania do sieci itp.

Tak dokonane rozróżnienie danych transmisyjnych wymaga dwóch uwag. Pierwsza rodzi się na tle zakresu danych, które są przetwarzane w obu wspomnianych celach, druga dotyczy pytania o zasadność wyróżnienia rodzaju danych na podstawie celu ich przetwarzania.

W pierwszym przypadku zauważyć należy, iż zakres przetwarzanych danych przy przekazywaniu komunikatów oraz naliczaniu opłat może być różny. W przypadku wyróżnienia danych transmisyjnych poprzez ich przydatność do przekazywania komunikatów rozróżnienie to wydaje się być rozróżnieniem obiektywnym w tym znaczeniu, iż określona kategoria danych zawsze będzie służyła do przekazywania komunikatów w sieci (np. numer IMSI), ze względu na samą budowę sieci telekomunikacyjnej. W pierwszym przypadku określona dana zawsze będzie daną transmisyjną w rozumieniu ustawy. Takiego charakteru nie można już przypisać wyróżnieniu danych transmisyjnych na podstawie kryterium przetwarzania ich w celu naliczenia opłat, a to z uwagi na stosowanie różnych systemów rozliczeniowych przez operatorów. Każde zestawienie połączenia głosowego w ruchu mobilnym generuje zapis danych o połączeniu (*ang.* Call Data Record – „CDR”), który zawiera dane służące systemowi bilingowemu przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego do wystawienia rachunku za dostarczone usługi. W zależności od okoliczności plik CDR zawierać może różne zestawy danych, co wynika z faktu, iż w celu naliczenia opłat przedsiębiorca telekomunikacyjny może przetwarzać różne dane pochodzące z sieci w zależności przyjętego sposobu naliczania opłat dla konkretnej kategorii abonentów. Różnica ta jest wyraźnie widoczna w przypadku usług pre-paid oraz post paid, a także w przypadku opłat powstałych w roamingu, gdzie jedną z danych niezbędnych do naliczenia opłaty jest dana lokalizacyjna, która generalnie nie ma znaczenia przy naliczaniu opłat w ruchu krajowym. To jednak prowadzi do wniosku, iż określona dana będzie daną transmisyjną wyłącznie w określonych okolicznościach. Dlatego też definicja, którą przyjął ustawodawca jest definicją o tyle nieprecyzyjną, iż tworzy pole do odmiennego traktowania tej samej danej przetwarzanej w sieci telekomunikacyjnej, a tym samym stosowanie do niej odmiennych reguł.

Druga wątpliwość dotyczy zasadności tworzenia definicji danych na podstawie przesłanki celu w jakim są przetwarzane. Dana transmisyjna zgodnie z tą definicją ma taki charakter, o ile służy przekazywaniu komunikatów lub naliczaniu opłat. Umożliwia to dwa alternatywne wnioski. Jeden wskazujący, iż dane transmisyjne tracą swój przymiot, kiedy nie są przetwarzane we wskazanym powyżej celu albo drugi, iż dane transmisyjne nie mogą być przetwarzane w celach innych niż przekazywanie komunikatów lub naliczanie opłat, gdyż tylko w ten sposób mogą zawsze zachować przymiot danej transmisyjnej. Pierwszy wniosek prowadziłby do sytuacji, w której zmiana celu przetwarzania danych transmisyjnych wyłączałaby stosowanie przepisów dotyczących tajemnicy telekomunikacyjnej. Drugi jest sprzeczny z samymi postanowieniami ustawy Pt,

gdyż przepisy te wskazują inne cele przetwarzania, takie jak opisywany marketing. Oba muszą być więc odrzucone.

W ocenie autora przyjęta przez ustawodawcę definicja jest nieprawidłowa, gdyż nie odpowiada podstawowemu wymogowi stawianemu definicji jakim jest eliminowanie wieloznaczności danego wyrażenia. Należałoby więc raczej zdefiniować dane transmisyjne z pominięciem w ich definicji „celu”, któremu służy ich przetwarzanie. Dane tak zdefiniowane mogłyby służyć różnym celom, w tym celom marketingowym, bez konieczności rozważania wskazanych wyżej wątpliwości.

Na koniec należy podnieść, iż każda dana uznana za daną transmisyjną będzie co do zasady odpowiadać w przypadku osób fizycznych definicji danej osobowej, zgodnie z art. 7 u.o.d.o., jeżeli można ją połączyć z danymi umożliwiającymi identyfikację takiej osoby. Taki generalny wniosek potwierdza również teza decyzji Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 21.8.2006 r. (sygn. akt.GI-DEC-DS.\_312/06) wskazująca, iż dane transmisyjne są danymi osobowymi, ponieważ są one informacjami dotyczącymi zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej<sup>16</sup>.

Podsumowując, w zakresie w jakim dane transmisyjne są danymi osobowymi i w jakim art. 165 ust. 4 wkracza w regulację art. 23 u.o.d.o. dochodzi do kolizji norm, którą trzeba rozstrzygnąć na podstawie art. 5 u.o.d.o. Ponieważ przetwarzanie danych transmisyjnych wymaga na gruncie prawa telekomunikacyjnego wyrażenia zgody, to przepisy te przyznają ochronę dalej idącą w stosunku do przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Jeśli dana transmisyjna nie może być uznana jednocześnie za daną osobową, jej przetwarzanie będzie oparte na przepisach prawa telekomunikacyjnego, a ich przetwarzanie może zostać oparte na przesłankach omówionych poniżej.

### 3. Przetwarzanie innych danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną

Poza danymi transmisyjnymi w działaniach marketingowych przetwarzane są inne kategorie danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną, w tym także inne dane osobowe. Dane te są wymienione w art. 159 ust. 1 pkt. 1, 2, 4, 5 Pt, a ponieważ nie zostały zakwalifikowane do kategorii danych transmisyjnych, ich przetwarzanie na cele marketingowe nie znajduje podstawy w przepisie art. 165 ust. 4 Pt. Przepis ten przewiduje przetwarzanie w celach marketingowych wyłącznie danych transmisyjnych uchylając generalny zakaz przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną ustanowiony w art. 159 ust. 2 Pt poza wyjątkami przewidzianymi ustawą. Tym samym w przypadkach w których przepis art. 165 ust. 4 Pt nie będzie miał zastosowania, przetwarzanie danych w celach marketingowych nie będzie możliwe, o ile nie znajdzie oparcia w innych przepisach. Zasada ta odnosi się do wszystkich powołanych na wstępie niniejszego tytułu danych.

Zakres dozwolonego przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną wskazany został przez dwa przepisy: art. 159 ust. 2 oraz art. 161 ust. 1 Pt. Pierwszy z przepisów konstruuje generalny zakaz przetwarzania danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przewidując jednocześnie wyjątki od tego zakazu, drugi wskazuje wyłącznie pozytywne przesłanki przetwarzania danych. Przepisy te łącznie ustanawiają przesłanki dozwolonego przetwarzania danych

<sup>16</sup> Poprawność tego wnioskowania powinna być jednak weryfikowana w każdym przypadku ponieważ w konkretnych okolicznościach dana transmisyjna na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych może spełniać warunek, o którym mowa w art. 6 ust. 3 ustawy, a w przypadku usług pre-paid w których co do zasady brak jest danych abonenta, gdyż nie zawiera on umowy na piśmie, nie ma też obowiązku podawania swoich danych operatorowi, ustalenie konkretnej osoby fizycznej może być niemożliwe.

objętych tajemnicą telekomunikacyjną. Jeżeli chodzi o przesłanki umożliwiające przetwarzanie danych w celach marketingowych to zastosowanie będą miały art. 159 ust. 2 pkt 2 oraz 4, a także art. 161 ust. 1 zd. 2 Pt w których ramach możemy wyróżnić następujące podstawy przetwarzania danych:

- na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą (art. 159 ust. 2 pkt 2 Pt),
- na podstawie przepisów, gdy ich przetwarzanie będzie konieczne z innych powodów przewidzianych ustawą<sup>17</sup> lub przepisami odrębnymi (art. 159 ust. 2 pkt 4 Pt),
- na podstawie przepisów<sup>18</sup>, gdy ich przetwarzanie w innych celach (niż dotyczące usługi świadczonej użytkownikowi albo niezbędnych do jej wykonania) jest dopuszczalne na podstawie przepisów ustawowych (art. 161 ust. 1 zd. 2 Pt).

Pierwsza ze wskazanych przesłanek wskazuje, iż przetwarzanie danych w celach marketingowych może być zalegalizowane poprzez uzyskanie zgody na wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną od osób, których dane dotyczą. Ustawodawca odnosi się tutaj do treści, czyli samego komunikatu oraz do danych o nadawcy lub odbiorcy. W praktyce, obecnie w celach marketingowych najczęściej wykorzystuje się dane o nadawcy lub odbiorcy komunikatu wskazane w art. 159 ust. 1 pkt. 1 Pt. W tym przypadku przetwarzanie danych w celach marketingowych jest uzależnione, podobnie jak w przypadku art. 165 ust. 4 ustawy Pt, od zgody podmiotu, który ma otrzymywać takie komunikaty. Ustawodawca nie ogranicza swobody wyrażenia zgody poprzez ograniczenie dozwolonych celów przetwarzania, a tym samym nie ogranicza możliwości zbierania zgód dotyczących dowolnego celu przetwarzania danych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Odmienne sytuacja zdaje się przedstawiać w przypadku danych wskazanych w art. 159 ust. 1 pkt. 4 Pt tj. danych o lokalizacji. Dana o lokalizacji to dana geograficzna podobnie jak dana lokalizacyjna co wynika z definicji użytych w ustawie Pt. Przetwarzanie danych o lokalizacji następuje, zgodnie z przepisem art. 166 ust. 1 pkt. 1 Pt na podstawie zgody, jednak zgodnie z ust. 4 powołanego przepisu dane te mogą być przetwarzane wyłącznie dla celów niezbędnych do świadczenia usług o wartości wzbogaconej. W tym miejscu co najmniej dyskusyjna pozostaje kwestia możliwości wyrażenia zgody na przetwarzanie danej o lokalizacji w celach marketingowych. Z drugiej jednak strony dane o lokalizacji są definiowane jako dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu lub wystawienia rachunku. Pomimo, iż te dwie kategorie danych (dane lokalizacyjne oraz dane o lokalizacji) są danymi geograficznymi o położeniu urządzenia końcowego, użyta przez ustawodawcę definicja nakazuje wyraźne ich odróżnienie. Prowadzi to do wniosku, iż dana o położeniu geograficznym urządzenia końcowego może być zakwalifikowana, w zależności od sytuacji, zarówno do pierwszej jak i do drugiej ze wskazanych kategorii danych. Jeśli zakwalifikujemy daną geograficzną jako daną lokalizacyjną to w konsekwencji zgodnie z definicją użytą w Pt będzie jednocześnie daną transmisyjną. Przetwarzanie zaś danej transmisyjnej w celach marketingowych byłoby dopuszczalne na podstawie art. 165 ust. 4 Pt. W ocenie autora wskazuje to na konieczność zmiany definicji użytych w ustawie w taki sposób, aby wyeliminować tego typu niekonsekwencje.

<sup>17</sup> Przez ustawę należy rozumieć ustawę Prawo telekomunikacyjne z 16.07.2004 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).

<sup>18</sup> Za przepisy ustaw należy rozumieć zarówno przepisy ustawy Pt jak i innych ustaw.

W przypadku przyjęcia za podstawę przetwarzania przepisów ustawowych konieczne jest wskazanie przepisu, który sankcjonowałby możliwość przetwarzania danych wskazanych w art. 159 ustawy Pt. W literaturze wskazuje się, iż art. 159 ust. 2 pkt. 4 odnosi się do takich przepisów jak m.in. przepisy ustawy z 6.4.1990 r. o Policji (Dz.U. 2011 Nr 287, poz.1687, ze zm.), ustawy z 24.5.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2010 Nr 29, poz. 154 ze zm.), ustawy z 9.6.2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. 2006 Nr 104, poz. 709 ze zm.), ustawy z 9.6.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2012 Nr 621 ze zm.), ustawy z 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. 2011 Nr 116, poz. 675 zm.), ustawy z 24.8.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. 2013 Nr 568 ze zm.) oraz ustawy z 28.9.1991 r. o kontroli skarbowej (Dz.U. 2011 Nr 41, poz. 214 ze zm.)<sup>19</sup>.

Jak zauważa S. Piątek przepisy wskazane w art. 159 ust. 2 pkt 4 oraz w art. 161 ust. 1 zd. 2 Pt zawierają analogiczne regulacje legalizujące przetwarzanie danych na podstawie przepisów ustawowych. Są jednak ujęte w obu tych przepisach odmiennie co może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych w przypadku poszukiwania podstawy prawnej przetwarzania w innych ustawach<sup>20</sup>. Użyte w art. 159 ust. 2 pkt. 4 Pt sformułowanie o konieczności przetwarzania treści lub danych wskazywałoby, iż chodzi o takie przepisy, które nakładają na konkretny podmiot obowiązek przetwarzania treści lub danych w ramach prowadzenia ustawowych działań. Przetwarzanie danych w celach marketingowych nie zostało ukształtowane jako obowiązek podmiotu przetwarzającego w żadnej z rozpatrywanych ustaw. Może być zatem traktowane tylko jako uprawnienie podmiotu przetwarzającego. Z tego punktu widzenia przetwarzanie danych w celach marketingowych powinno znaleźć podstawę w art. 161 ust. 1 zd. 2 Pt który wprost stwierdza, iż inne przepisy mogą określać cele przetwarzania danych. Wskazana podstawa przetwarzania będzie miała zastosowanie wyłącznie w przypadku danych przetwarzanych w procesie komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych i nie będzie miała zastosowania do danych nie chronionych tajemnicą telekomunikacyjną.

Dane przetwarzane w telekomunikacji, w tym dane transmisyjne, z reguły są danymi osobowymi w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych. Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo telekomunikacyjne z dnia 21 lipca 2000 r. (Dz.U. Nr 73, poz. 852 ze zm.) uzasadniony był wniosek, iż do przetwarzania danych osobowych do celów innych niż cele objęte tą ustawą stosuje się przepisy u.o.d.o. Wniosek taki był uzasadniony na gruncie art. 69 tej ustawy, który przewidywał, iż przetwarzanie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, a tym samym także danych osobowych, możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy jest przedmiotem usługi świadczonej użytkownikowi albo jest niezbędne do jej wykonania. Przetwarzanie informacji lub danych w innych celach było dopuszczalne w ówczesnym stanie prawnym zgodnie z art. 69 ust. 1 zdanie drugie jedynie na podstawie przepisów ustawowych, którymi były przepisy ustawy o ochronie danych osobowych. W związku z tym, na gruncie art. 23 u.o.d.o. przetwarzanie danych osobowych w celach tam wskazanych odbywało się z zachowaniem tam wskazanych zasad<sup>21</sup>. Obecnie, na gruncie obowiązującej ustawy Prawo telekomunikacyjne<sup>22</sup> stan prawny uległ zmianie. Obecnie art. 159

<sup>19</sup> K. Kawalek, *Prawo telekomunikacyjne, Komentarz*, uwagi do art.159, Lex; pkt. 5.

<sup>20</sup> S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne...*, uwagi do art. 161; Legalis; pkt. 4.

<sup>21</sup> Tak też P. Fajgielski, *Ochrona danych osobowych w telekomunikacji – aspekty prawne*. Lublin 2003, s. 273.

<sup>22</sup> Ustawa Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).

oraz art. 161 Pt wskazują, podobnie jak art. 69 ust. 1 poprzedniej ustawy, iż przetwarzanie treści i danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną jest dozwolone, gdy dotyczy to usługi świadczonej użytkownikowi albo jest niezbędne do jej wykonania, natomiast przetwarzanie w innych celach jest dopuszczalne jedynie na podstawie przepisów ustawowych, przy czym dotyczy to zarówno przepisów Pt, jak i innych ustaw<sup>23</sup>. W przeciwieństwie jednak do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, obecnie Pt przewiduje przetwarzanie danych w celach marketingowych w art. 165 ust. 4 Pt. W związku z tym dochodzi do wskazanej powyżej kolizji norm i wniosek o stosowaniu ustawy o ochrony danych osobowych pozostaje aktualny wyłącznie w zakresie danych osobowych nie będących jednocześnie danymi transmisyjnymi.

Podsumowując należy zauważyć, iż jeżeli nie można znaleźć podstawy przetwarzania danych w innych przepisach Pt lub przepisach innych ustaw, przesłanką przetwarzania może być tylko art. 159 ust. 2 pkt. 2 Pt, czyli zgoda osoby, której dane mają być przetwarzane. W przeciwieństwie więc do danych transmisyjnych, które co do zasady są przetwarzane w celach marketingowych na podstawie zgody, przetwarzanie innych danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną może być dokonywane w celach marketingowych, w zależności od sytuacji, na podstawie zgody lub przepisu prawa. Temat ten zostanie odrębnie omówiony w dalszej części niniejszego artykułu.

#### **4. Przetwarzanie danych nie związanych z procesem komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych**

Dotychczasowe uwagi dotyczyły danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną. Jednak do celów marketingowych mogą być przetwarzane również dane, które w świetle prezentowanych poglądów nie będą nią chronione. Przy dokonywaniu oceny dopuszczalności przetwarzania danych należy zwrócić uwagę, czy dane te są powiązane z procesem komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych.

Dane powiązane z tym procesem przedsiębiorca telekomunikacyjny może posiadać w związku z:

- przetwarzaniem danych własnych użytkowników, a więc w przypadku istnienia stosunku prawnego pomiędzy przedsiębiorcą a użytkownikiem usług,
- przetwarzaniem danych abonentów na podstawie art. 162 Pt czyli w przypadku przetwarzania danych zarówno w imieniu innego podmiotu telekomunikacyjnego, jak i w przypadku przetwarzania danych w wyniku współpracy przy wykonaniu usługi, której typowym przykładem jest zakańczanie połączenia w sieci innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Podmioty telekomunikacyjne przetwarzają do celów marketingowych dane osób nie pochodzące z dwóch wyżej wskazanych źródeł. Chodzić tu będzie głównie o dane takie jak imię i nazwisko, dane teled adresowe, adres poczty elektronicznej, numer telefonu. Dane te mogą być nabywane od innych podmiotów trudniących się ich zbieraniem. W związku z tym pojawia się pytanie o podstawę prawną takiego przetwarzania i pytanie o to, czy podmiot ten jest zobowiązany do stosowania reguł wskazanych w art. 165 ust. 4 Pt, a także czy jest związany w takim przypadku tajemnicą telekomunikacyjną.

W ocenie autora uzasadnione jest stanowisko, iż dane nie powiązane z procesem komunikowania się w sieci nie są objęte tajemnicą telekomunikacyjną, choć mieszczą się one definicyjnie

<sup>23</sup> Tak też S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne...*, uwagi do art. 161, Legalis pkt. 4.

w pojęciach wskazanych art. 159 ust. 1 Pt. Wniosek ten potwierdza również treść art. 159 ust. 2 oraz 161 ust. 1 Pt, które odnoszą się do danych przetwarzanych w związku ze świadczeniem usług na rzecz użytkownika końcowego. Do danych niepowiązanych z procesem komunikowania nie mają więc zastosowania reguły dotyczące tajemnicy telekomunikacyjnej i w konsekwencji również przepis art. 165 ust. 4 Pt. Tym samym podstawy przetwarzania takich danych należy szukać w innych ustawach, w tym w ustawie o ochronie danych osobowych, przy czym zastosowanie jej przepisów nie wynika z zastosowania reguły kolizyjnej wskazanej w art. 5 przywołanej ustawy.

Przykładów powyższego rozróżnienia dostarcza przetwarzanie danych lokalizacyjnych. Dane lokalizacyjne mogą pochodzić z sieci telekomunikacyjnej i wtedy są chronione tajemnicą telekomunikacyjną. Mogą być jednak uzyskiwane w procesie przetwarzania danych pochodzących z urządzenia mobilnego z wykorzystaniem systemu GPS. Podmiot przetwarzający takie dane nie będzie podlegał przepisom prawa telekomunikacyjnego, choć w istocie będą to te same dane lokalizacyjne, a tylko źródło ich pochodzenia będzie różne. Podobnie przedstawia się sprawa danych o użytkowniku wymienionych w art. 159 ust. 1 pkt 1 Pt. Dane te, o ile chodzi o osobę fizyczną, zostały wskazane w art. 161 ust. 1 Pt i obejmują takie dane jak imię i nazwisko, czy adres zamieszkania. Dane te uzyskiwane są przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego w wyniku podpisania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i w tym zakresie powinny być traktowane jako dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną. Jednak dane takie, o ile marketing dotyczy podmiotów, które nie są abonentami przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, nie muszą pochodzić z tego źródła i mogą być zbierane w inny sposób. W przypadku, w którym dane nie są powiązane ze świadczeniem usług, czyli nie zostały uzyskane w ramach stosunku świadczenia usług telekomunikacyjnych nie będą podlegały tajemnicy telekomunikacyjnej<sup>24</sup>. Przyjęcie takiego poglądu, prowadzi w konsekwencji do wniosku, iż w zależności od źródła pochodzenia danych przetwarzanych w celach marketingowych poziom ich ochrony jest różny. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy takie zróżnicowanie jest uzasadnione.

Jak łatwo zauważyć wszystkie podmioty podlegające ustawie telekomunikacyjnej, a więc podmioty bezpośrednio przetwarzające dane objęte tajemnicą telekomunikacyjną, jak i podmioty działające na ich zlecenie na podstawie art. 160 Pt będą podlegały surowszym warunkom ich przetwarzania na podstawie zgody podmiotu danych, w szczególności w zakresie takiej danej transmisyjnej, jaką jest numer telefonu. Podmioty, które nie podlegają Pt będą zaś zwolnione z obowiązku posiadania zgody na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 5 u.o.d.o. Należy przy tym uwzględnić okoliczność, iż podmiot nie będący podmiotem telekomunikacyjnym nie powinien, bez odrębnej podstawy prawnej jaką byłaby zgoda użytkownika usług telekomunikacyjnych, posiadać danych transmisyjnych oraz innych danych przetwarzanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Generalnie rzecz biorąc, dane takie jak imię i nazwisko, numer telefonu, czy adres, nie będące danymi abonentów podmiotu przetwarzającego, nie będą danymi przetwarzanymi na podstawie ustawy Pt chyba że będą pochodziły od innego operatora telekomunikacyjnego, który może takie dane udostępnić wyłącznie na podstawie art. 162 Pt.

<sup>24</sup> Nie należy jednak tego wniosku wprost odnosić do innych przypadków przetwarzania danych, w szczególności nie oznacza to, iż przedsiębiorca telekomunikacyjny mógłby z pominięciem art. 172 ustawy Pt używać automatycznych systemów wywołujących w celu marketingu bezpośredniego kierowanego do abonentów innych sieci telekomunikacyjnych.

## IV. Warunki przetwarzania danych

### 1. Warunki przetwarzania danych w celach marketingowych na podstawie art. 165 ust. 4 Pt

#### 1.1. Zgoda jako podstawa przetwarzania danych

Jak wyżej wskazano, zastosowanie art. 165 ust. 4 Pt należy rozpatrywać w związku z art. 5 u.o.d.o., gdyż w tym zakresie zachodzi kolizja norm prawa sektorowego i ogólnego. Ponieważ przetwarzanie danych transmisyjnych na podstawie art. 165 ust. 4 Pt zależy od uzyskania zgody, w przeciwieństwie do art. 23 u.o.d.o., przetwarzanie danych na podstawie Pt jak już to zostało wyżej podkreślone, należy uznać za podlegające ochronie dalej idącej. W związku z tym przetwarzanie następuje na zasadach wskazanych art. 165 ust. 4 Pt.

Zgoda, o której jest mowa w art. 165 ust. 4 została zdefiniowana w art. 174, który wskazuje, iż 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 potwierdzenia przez użytkownika;
- 3) może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

W sprawie pojęcia zgody należy wykorzystać dorobek doktryny i judykatury dotyczący zgody w rozumieniu art. 7 ust. 5 u.o.d.o. Uzasadnia to zarówno brzmienie przepisu art. 174 Pt oraz art. 7 ust. 5 u.o.d.o. których brzmienie jest zbliżone. Ponadto zgoda przewidziana w prawie telekomunikacyjnym nawiązuje do konstrukcji zgody uregulowanej przepisami ogólnymi ustawy o ochronie danych osobowych. Wynika to z faktu, iż tajemnica telekomunikacyjna jest pochodną implementowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/58/WE z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. WE 2002 L 201/37) dalej „dyrektywa 2002/58/WE”, która z kolei definiując pojęcie „zgody” odwołuje się w art. 2 lit. f) do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 94/46/WE z 24.10.1995 w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281/31)<sup>25</sup> dalej „dyrektywa 94/46/WE”, w wyniku implementacji, której wprowadzono ustawę o ochronie danych osobowych.

Stąd też kryteria służące ustaleniu, czy zgoda jest ważna będą w obu przypadkach takie same<sup>26</sup> również na gruncie ustaw krajowych. W praktyce oznacza to, iż wszelki dorobek w tym zakresie, w szczególności orzecznicy, będzie miał zastosowanie do obu regulacji. Tak jednoznacznego wniosku nie można wyciągnąć w stosunku do art. 4 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną ponieważ w doktrynie zachodzi rozbieżność co do tego w jakim zakresie stanowi ona implementację poszczególnych dyrektyw<sup>27</sup>. Jedno stanowisko wskazuje, iż ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną (u.ś.u.d.e) implementuje wyłącznie część postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 200/31/WE z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów

<sup>25</sup> Wskazana również w motywie 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/58/WE z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. WE 2002 L 201/37), według którego „do celów niniejszej dyrektywy, zgoda (...) powinna mieć to samo znaczenie co zgoda podmiotu danych opisana i szerzej określona w dyrektywie 95/46/WE”.

<sup>26</sup> Opinia Grupy Roboczej Art. 29 nr 15/2011 w sprawie definicji zgody z dnia 13 lipca 2011 r. s. 31.

<sup>27</sup> Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną stanowi implementację części postanowień dyrektywy 2000/31/WE, jak wskazują J. Gołaczyński, K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński. *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz.* uwagi do art. 1 LEX, pkt. 2.

prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. WE L 178/1 – dalej „dyrektywa 200/31/WE”). Jednocześnie podkreśla się, iż nie jest ona równocześnie implementacją dyrektywy 2002/58/WE<sup>28</sup>. Zgodnie z tym stanowiskiem, w zakresie, w którym ustawa nie odzwierciedla postanowień dyrektywy 200/31/WE, przepisy te są postanowieniami autonomicznymi, a więc nie mającymi swojego źródła w żadnej innej dyrektywie. Odmienny pogląd wskazuje, iż przepisy ustawy są wzorowane zarówno na dyrektywie 200/31/WE, jak i na dyrektywie 2002/58/WE, a wyłącznie w zakresie nieuregulowanym tymi dwoma dyrektywami mają charakter autonomiczny<sup>29</sup>. W świetle tego drugiego poglądu art. 4 u.ś.u.d.e był wzorowany na przepisie art. 7 pkt. 5 u.o.d.o, a w konsekwencji podobnie jak w przypadku art. 174 Pt kryteria ustalenia, czy zgoda jest ważna będą w obu przypadkach takie same, co ma swoje źródło w dyrektywie 94/46/WE.

Powyższy wniosek wymaga jednak istotnego uzupełnienia stwierdzeniem, iż polski ustawodawca ukształtował pojęcie zgody w sposób bardziej restrykcyjny niż ustawodawca europejski<sup>30</sup>. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46/WE zgoda oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych. Zgodnie z Opinią Grupy Roboczej 29<sup>31</sup> oznacza to, iż zgodę można wyrazić przez każde wskazanie woli, za pomocą którego osoba wyraża swoje przyzwolenie i które może być wyrażone zarówno przez odrębny podpis, ustne oświadczenie, ale także zachowanie, z którego racjonalnie można wywnioskować zgodę. Wyraźnie więc widać, iż zasada przyjęta w polskim ustawodawstwie polegająca na eliminacji możliwości domniemania lub dorozumienia zgody, stawia surowsze wymogi niż przewidziane prawem europejskim. Niemniej jednak we wszystkich trzech wspomnianych ustawach ustawodawca identycznie ukształtował ten element zgody, tak więc pod tym względem nadal uzasadnionym jest wniosek o możliwości stosowania identycznych kryteriów ustalenia ważności zgody.

Należy również wskazać, iż w zakresie prawa telekomunikacyjnego ustawodawca dodatkowo sprecyzował, iż zgoda może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika, a jej wycofanie musi być proste i wolne od opłat.

Ustawodawca przesądził, iż zgoda ma charakter oświadczenia woli<sup>32</sup>, jednak wskazana powyżej, przyjęta przez polskiego ustawodawcę, zasada, iż zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana wprowadza jednocześnie zasadniczą różnicę pomiędzy ogólnymi regułami prawa cywilnego dotyczącego oświadczeń woli, a zgodą rozumianą jako takie oświadczenie woli. Polega ono na wyłączeniu możliwości wyrażenia tego oświadczenia woli *per facta concludentia*, która wynika z art. 60 kodeksu cywilnego<sup>33</sup> i którą dopuszcza jak wskazano powyżej prawodawca europejski. Wyłączenie domniemania ma znaczny wpływ na treść zgód i sposób ich zbierania. Jednocześnie zgoda powinna spełniać wymogi stawiane prawem europejskim. Dyrektywa 95/46/WE wskazuje, iż zgoda oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej

<sup>28</sup> Szerzej J. Gołaczyński, K. Kowalik-Bańczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński. *Ustawa o świadczeniu...*, uwagi do art. 1, LEX, pkt. 2.

<sup>29</sup> Szerzej zob. X, Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa, 2004, s. 44.

<sup>30</sup> Podobnie J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych...*, uwagi do art. 7; Lex, pkt. 33.

<sup>31</sup> Opinia Grupy Roboczej Art. 29 nr 15/2011 w sprawie definicji zgody z dnia 13 lipca 2011 r., s. 12.

<sup>32</sup> Nie zakończyło to jednak sporu w doktrynie co do prawnego charakteru zgody; szerzej J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz *Ochrona danych...*, s. 43.

<sup>33</sup> Art. 60 k.c. (...) wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

danych osobowych. Dodatkowo wskazuje, iż zgoda powinna być wyrażona w sposób wyraźny (patrz np. art. 8 ust. 2 lit. a) dyrektywy 95/46/WE), co zdaje się stać w sprzeczności z wyżej wyrażonym poglądem Grupy Roboczej 29, iż zgoda ta na gruncie prawa europejskiego może być zgodą dorozumianą.

Pamiętając o powyższej modyfikacji rozumienia zgody, samo pojęcie oświadczenia woli, a tym samym interpretacja poprawności złożonej zgody, powinno odwoływać się do dorobku prawa cywilnego w dziedzinie oświadczeń woli<sup>34</sup>. To zaś stwierdza, iż dane zachowanie może być uznane za oświadczenie woli jeżeli jest ono zrozumiałe, swobodne i złożone na serio<sup>35</sup>.

W ramach przesłanki zrozumiałego charakteru oświadczenia woli wyróżnia się oświadczenia wyraźne i dorozumiane. Jak wskazano powyżej to drugie zostało wolą ustawodawcy wyłączone. Wolą ustawodawcy wyłączono również wszelkie domniemania, a więc nie można przyjąć, iż zgoda jako oświadczenie woli ma taki charakter, jeżeli jego treść da się ustalić przynajmniej w drodze wykładni. Należałoby przyjąć, iż wyraźne oświadczenie woli będące zgodą przybiera postać wypowiedzi językowej (ustnej lub pisemnej) sformułowanej w sposób pełny i jednoznaczny, za pomocą powszechnie zrozumiałych zwrotów, niewymagających tłumaczenia i zastanawiania się nad tym, co w rzeczywistości oznacza<sup>36</sup>.

W tym miejscu należy wskazać na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31.1.2012 r. (sygn.akt 1317/11) wskazujący, iż klauzula zgody na przetwarzanie danych osobowych w celu marketingowym powinna być sformułowana w sposób oddzielny od klauzuli na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą poczty elektronicznej. Podkreślić jednak należy, iż z w uzasadnieniu sąd podniósł, iż „ustawa o ochronie danych osobowych nie zakazuje zbierania w jednym oświadczeniu woli zgody na dwa rodzaje przesyłania danych osobowych”. Jednak, kontynuując Sąd wskazuje, iż problemem jest takie sformułowanie zgody w omawianej sprawie, że osobie która ją wyraziła nie pozostawiono możliwości wyboru co do sposobu przesyłania danych marketingowych. Tak więc w istocie wyrok ten nie ustanawia reguły rozdzielania zgody na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych i zgody na przesyłanie informacji handlowych drogą elektroniczną, co musiałoby oznaczać zbieranie dwóch zgód<sup>37</sup> w przypadku, gdy miałyby być przetwarzany adres poczty elektronicznej. Jedną zgodą byłaby zgodą na przetwarzanie adresu e-mail jako danej osobowej, a druga dotyczyłaby możliwości przesyłania informacji handlowych na ten adres. Konieczność rozdzielania tych dwóch zgód nie wynika również z dyrektywy 2002/58/WE, która precyzuje w art. 13 ust. 2, iż w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych

<sup>34</sup> Należy zaznaczyć, iż na gruncie prawa administracyjnego powszechne są spory co do charakteru prawnego określonych czynności i ich kwalifikacji prawnej. Spór ten nie dotyczy jednak samej wykładni pojęcia „oświadczenia woli”. Jeżeli więc dochodzi na gruncie prawa administracyjnego do przyjęcia, iż określona czynność jest oświadczeniem woli, powszechnie odwołuje się w tej kwestii do dorobku prawa cywilnego i art. 61 k.c. Za przykład może posłużyć Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 6 grudnia 2011 r., I OPS 4/11 (LEX nr 1103552) w której po rozstrzygnięciu przez sąd kwestii kwalifikacji prawnej pisemnego zgłoszenia przez funkcjonariusza wystąpienia ze służby i zakwalifikowania jej jako oświadczenia woli, sąd wskazuje, iż w związku z powyższą kwalifikacją pełne zastosowanie ma art. 61 ustawy z 23.04.1964 r. Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Podobnie, w kwestii zastosowania dorobku prawa cywilnego, wypowiada się J.Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz. *Ochrona danych...*, uwagi do art. 7; Lex, pkt. 31.

<sup>35</sup> Zob. M. Wojewoda, uwagi do art. 60 Kodeksu cywilnego; [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), B. Giesen, W. Katner, P. Księżak, B. Lewaszewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda. *Kodeks cywilny Część Ogólna. Komentarz*; LEX; pkt 15.

<sup>36</sup> Zob. A. Janiak, uwagi do art. 60 Kodeksu cywilnego; [w:] A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokółowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Tom I*; LEX; pkt. 10.

<sup>37</sup> Jedną na przetwarzanie danej osobowej jaką jest adres elektroniczny i drugiej na otrzymywanie informacji handlowej na ten adres.

elektronicznych danych kontaktowych dla potrzeb marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem, że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości. A więc sama relacja pomiędzy klientem, a dostawcą usług uzasadnia i legalizuje przetwarzanie adresów e-mail w celach marketingowych<sup>38</sup> przynajmniej tak długo, jak dostawcą usług jest podmiot podlegający przepisom ustawy prawa telekomunikacyjnego, które implementuje dyrektywę 2002/58/WE.

Na koniec należy zwrócić uwagę na aspekt podmiotowy zbieranej zgody. Zgodnie z art. 165 ust. 4 Pt zgoda dotyczy usług dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zgoda taka jest więc zbierana na potrzeby przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Nie oznacza to, że podmiot ten nie może przetwarzać danych transmisyjnych na potrzeby odrębnych podmiotów pod warunkiem uzyskania odrębnej zgody. Należy w tym miejscu zauważyć, iż zgodnie ze stanowiskiem GIODO zgody takie powinny być zbierane osobno (decyzja z dnia 10.9.2010 r. sygn. akt DIS/DEC-1098/36246/10) i na wskazany imiennie podmiot (decyzja z dnia 2.2.2011 r. sygn. akt DIS/DEC-63/4537/11).

W przypadku danych innych niż transmisyjne, będącymi danymi osobowymi, ich przetwarzania nie można oprzeć na art. 23 ust. 4 pkt. 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt. 5 u.o.d.o. ponieważ nie będzie to marketing usług własnych, a więc w celu ich przetwarzania należy uzyskać odrębną zgodę, której podstawą nie będzie jednak art. 165 ust. 4 Pt ale art. 23 ust. 1 pkt. 1 u.o.d.o.

## 1.2. Związanie celem

Jedną z podstawowych zasad przetwarzania danych jest zasada związania celem. Obowiązuje ona zarówno na gruncie u.o.d.o. jak i ustawy Pt W omawianym zakresie kwestia wskazania celu przetwarzania danych osobowych ogranicza się do wskazania przez przetwarzającego, iż będzie on przetwarzał dane w celu marketingu. Jednak także w tym ograniczonym zakresie pojawiają się kwestie wymagające rozważenia dotyczące zakresu przedmiotowego zgody.

Zgodnie z art. 165 ust. 4 Pt zgoda dotyczy usług telekomunikacyjnych, a więc zawężyła cel przetwarzania danych w celach marketingowych wyłącznie do tego rodzaju usług. Przetwarzanie danych na potrzeby usług innych niż usługi telekomunikacyjne oznacza przetwarzanie w celu innym niż wskazany przez art. 165 ust. 4 Pt.

Obecnie przedsiębiorcy telekomunikacyjni poszerzają ofertę o usługi nie będące usługami telekomunikacyjnymi. Nie istnieją ograniczenia prawne, które zakazywałyby przedsiębiorcom telekomunikacyjnym prowadzenia innej działalności gospodarczej<sup>39</sup>, a więc działanie takie jest z prawnego punktu widzenia całkowicie usprawiedliwione. W związku z prowadzeniem takiej działalności pojawia się kwestia prowadzenia marketingu przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego i wykorzystania do tego danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną. Jak wskazano na wstępie marketing takich usług nie może być oparty na art. 165 ust. 4 Pt co oznacza, iż wykorzystanie danych objętych tą tajemnicą (w tym danych transmisyjnych) jest chronione przepisami ogólnymi wskazanymi w art. 159 ustawy Pt i w celu legalizacji ich przetwarzania należy znaleźć inną podstawę.

<sup>38</sup> Szerzej patrz Opinia Grupy Roboczej Art. 29 nr 15/2011 w sprawie definicji zgody z dnia 13 lipca 2011 r., s. 34 i n.

<sup>39</sup> Z uwzględnieniem konieczności spełnienia warunków w przypadku niektórych typów działalności w tym działalności koncesjonowanej.

Przetwarzanie w innym celu można oprzeć na dwojakiej podstawie; zgodzie o której mowa w art. 159 ust. 2 pkt. 2 Pt lub na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1 u.o.d.o. albo art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. jeśli są to usługi własne. Należałoby uznać, iż przesłanki przetwarzania wskazane w art. 159 ust. 2 Pt są przesłankami równorzędnymi, a więc nie należy ich wartościować, co oznaczać będzie dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego możliwość wyboru podstawy prawnej przetwarzania danych.

Dane osób fizycznych będą na zasadzie komplementarności poddane rygorom ustawy o ochronie danych osobowych, tak więc ich przetwarzanie powinno być dozwolone na podstawie art. 23 ust. 4 pkt. 1 bez uzyskiwania zgody, o ile przedsiębiorca stał się administratorem danych w ramach zawartej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i o ile dopełnił prawidłowo obowiązku informacyjnego co do celu przetwarzania danych, tj. poinformował o wykorzystywaniu danych w celach marketing innych niż marketing usług telekomunikacyjnych.

W świetle tego należy zauważyć, iż art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. będzie miał zastosowanie do różnego rodzaju usług, o ile będą one usługami własnymi przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i pod warunkiem dopełnienia przez niego obowiązku informacyjnego wskazującego zakres świadczonych przez niego usług. W przypadku przetwarzania danych w celu marketingu usług nie świadczonych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego wymagana będzie odrębna zgoda, ponieważ będzie ona zbierana dla innego podmiotu.

## **2. Warunki przetwarzania danych chronionych tajemnicą telekomunikacyjną nie wskazanych w art. 165 ust. 4 Pt**

Dane chronione tajemnicą telekomunikacyjną, które nie zostały objęte art. 165 ust. 4 Pt są przetwarzane na podstawie art. 159 ust. 2 pkt 2 oraz 161 ust. 1 zd. drugie Pt czyli na podstawie zgody lub na podstawie przepisów ustawowych. Zagadnienie zgody zostało omówione wyżej. Omówienia wymaga druga z przesłanek legalizujących przetwarzanie danych w celach marketingowych, czyli legalizacja przetwarzania danych w celach marketingowych na podstawie innych przepisów.

Podstawowym, a właściwie jedynym (poza przepisami dotyczącymi informacji handlowych przesyłanych drogą elektroniczną) przepisem legalizującym przetwarzanie danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną w celach marketingowych jest art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o., który wskazuje, iż przetwarzanie danych osobowych jest niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych, za który to prawnie usprawiedliwiony cel uważa się w szczególności marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych. Przetwarzanie danych osobowych na podstawie wskazanego przepisu u.o.d.o. nie wymaga zgody osoby, której dane są przetwarzane, w przeciwieństwie do prawa telekomunikacyjnego, gdzie zgoda nie jest wymagana tylko w zakresie wykorzystywania danych, które dotyczą usługi świadczonej użytkownikowi albo są niezbędne do jej wykonania.

Przetwarzania danych na podstawie art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. dotyczy wyłącznie danych, które są danymi osobowymi w rozumieniu art. 7 u.o.d.o. (czyli nie obejmuje on m.in. danych osób prawnych), a jednocześnie dane te nie są danymi transmisyjnymi (jak wcześniej zaznaczono co do zasady dana transmisyjna osoby fizycznej będzie daną osobową). Danymi takimi będą co do zasady: imię i nazwisko osoby fizycznej, jej adres, a także adres

e-mail. W przypadku tego ostatniego warto wskazać, iż może on być wykorzystywany w celach marketingowych wyłącznie po uzyskaniu zgody na otrzymywanie informacji handlowych drogą elektroniczną. Dane, które nie są danymi osobowymi nie będą mogły być przetwarzane na podstawie u.o.d.o. a to prowadzi do konieczności szukania legalizacji ich przetwarzania w przesłance wskazanej w art. 159 ust. 2 pkt. 2 Pt tj. zgodzie osoby, której dane dotyczą.

Przyjęcie tej wykładni może prowadzić do usprawiedliwionego lecz zaskakującego wniosku, sprzecznego z ogólnym nurtem przyznawania większej ochrony danym osobowym (czyli danym osób fizycznych), iż danym nie chronionym na podstawie u.o.d.o. w omawianym zakresie gwarantuje się większą ochronę. Dzieje się tak, gdyż u.o.d.o. dotyczy wyłącznie danych osób fizycznych. Z tego powodu *a contrario* przyjmuje się, iż ochrona nią przewidziana nie ma zastosowania do innych jednostek w tym np. osób prawnych. Stąd też przetwarzanie tych danych nie jest reglamentowane. Sytuacja zmienia się jednak jeśli dane takie podlegają tajemnicy telekomunikacyjnej, gdyż ich przetwarzanie możliwe wówczas wyłącznie na podstawie zgody lub przepisów ustawowych. Skoro u.o.d.o. umożliwia na gruncie prawa telekomunikacyjnego uchylenie zakazu przetwarzania danych w celach marketingowych poprzez wykorzystanie art. 161 ust. 1 zd. drugie, czyli poprzez odwołanie się do przepisów ustawowych, to tym samym przesłanka przetwarzania musi być oparta o wyraźny przepis ustawy, nie zaś o jego interpretację „*a contrario*”. Skoro więc nie ma przepisu innej ustawy, który umożliwiałby posługiwanie się danymi innych podmiotów niż osoby fizyczne np. osób prawnych w celach marketingowych, brak jest przesłanki umożliwiającej przetwarzanie tych danych, jeśli są objęte tajemnicą telekomunikacyjną. Stąd też podstawą ich przetwarzania może być wyłącznie zgoda, która nie jest wymagana przy przetwarzaniu danych osób fizycznych, czyli danych osobowych.

Wniosek ten można korygować z powołaniem się na art. 159 ust. 4 Pt wskazującym, iż przepisów art. 159 ust. 2 i 3 Pt nie stosuje się do komunikatów i danych ze swej istoty jawnych, z przeznaczenia publicznych lub (...) na podstawie odrębnych przepisów, przy czym ma on zastosowanie również do art. 161 zd. drugie Pt. Dane osób prawnych są ze swej istoty jawne, a przepisy regulujące działalność gospodarczą, w tym przepisy dotyczące centralnej ewidencji działalności gospodarczej oraz przepisy ustawy o krajowym rejestrze sądowym wskazują, iż rejestry te wraz z zawartymi tam danymi są jawne. Podobne jednak zastrzeżenie można zastosować w odniesieniu od osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, których dane jednak w opinii GIODO należy uznawać za dane objęte ustawą o ochronie danych osobowych.

### **3. Warunki przetwarzania danych, które nie powstały w ramach komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych**

Dane, które nie są objęte tajemnicą telekomunikacyjną przetwarzane będą wyłącznie na podstawie przepisów innych ustaw, przy czym podstawą ich przetwarzania nie będzie odesłanie wskazane w Pt, jak w przypadku przetwarzania danych na podstawie art. 159 i 161 Pt. Ta uwaga jest istotna w przypadku wykorzystywania danych podmiotów innych niż osoby fizyczne, które mogą być przedmiotem dalej idącej ochrony niż dane osób fizycznych. Dzieje się tak ponieważ brak jest w tym przypadku ochrony danych ustanowionych prawem telekomunikacyjnym co oznacza, iż ich przetwarzanie może nastąpić o ile inny przepis tego nie zakazuje. Innymi słowy wskazana w poprzednim punkcie wątpliwość na tle przetwarzania danych na podstawie wykładni „*a contrario*”

przepisów ustawy o ochronie danych osobowych w tym przypadku nie istnieje ponieważ nie jest konieczne odwoływanie się do przepisów innych ustaw w celu legalizacji ich przetwarzania. Tym samym podstawę przetwarzania ich danych na cele marketingowe można wywieść na podstawie wykładni a contrario przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Także w przypadku osób fizycznych dojdzie do zmiany podstawy prawnej przetwarzania ich danych. W przypadku przetwarzania danych osobowych objętych tajemnicą telekomunikacyjną dochodzi co do zasad do przetwarzania danych usługobiorców (klientów) przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, a więc danych zebranych przy zawieraniu umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Przetwarzanie takich danych nie wymaga zebrania odrębnej zgody ponieważ jest oparte na przesłance wskazanej w art. 23 ust. 4 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o. W przypadku przetwarzania danych osobowych, których zebranie nie jest związane ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych (nie pochodzą z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych) sytuacja wygląda inaczej ponieważ nie zachodzi stosunek usługodawca-usługobiorca. Przedsiębiorca telekomunikacyjny nie może w takiej sytuacji wywodzić swoich praw do marketingu usług własnych na podstawie art. 23 ust. 1 pkt. 5 w zw. z ust. 1 pkt. 5. u.o.d.o. ponieważ nie świadczy osobie, której dane mają być przetwarzane, takich usług. Stąd też przetwarzanie danych tych osób wymaga zebrania odrębnej zgody, co zmieni podstawę prawną ich przetwarzania, którą jest art. 23 ust. 1 pkt. 1 u.o.d.o.