



**GENERALNY INSPEKTOR  
OCHRONY DANYCH  
OSOBOWYCH**

*dr Wojciech R. Wiewiórowski*

Warszawa, dnia 28 maja 2013 r.

**DOLiS/DEC - 585/13**

**dot. [...]**

**D E C Y Z J A**

Na podstawie art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267) oraz art. 12 pkt 2, art. 18 ust. 1 pkt 1, art. 22 w związku z art. 32 ust. 1 pkt 8 i ust. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie skargi Pana M. D. na przetwarzanie jego danych osobowych w celach marketingowych przez P. Sp. z o.o. (obecnie P. S.A.),

**nakazuję P. S.A. usunięcie uchybień w procesie przetwarzania danych osobowych Pana M. D. poprzez zaprzestanie ich przetwarzania w celach marketingowych.**

**Uzasadnienie**

Do Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych wpłynęła skarga Pana M. D. (zwanego dalej Skarżącym) na przetwarzanie jego danych osobowych przez P. Sp. z o.o. - obecnie P. S.A. - (zwaną dalej Spółką). Skarżący wniósł o „zmotywowanie operatora sieci [...] – P[...] sp. z o.o. – do przestrzegania prawa w zakresie ochrony danych osobowych”, wskazując, że „pomimo kilku interwencji moje dane osobowe były wielokrotnie przetwarzane w celach marketingowych, chociaż takiej zgody nie wyraziłem”.

Skarżący poinformował, iż w dniu [...] marca 2010 r. zadzwoniła do niego „przedstawicielka firmy P[...]” proponując – w ramach współpracy z siecią [...] – skorzystanie z oferty karty kredytowej oraz podniósł, że jego dane osobowe, pomimo wyraźnego braku zgody, zostały przekazane zewnętrznemu partnerowi sieci [...]. Skarżący podniósł również, że w dniu [...] sierpnia 2010 r. zadzwoniła do niego konsultantka departamentu sprzedaży Spółki proponując nowy telefon

i usługę promocyjną, oraz że przed rokiem, mimo wielokrotnych interwencji otrzymywał SMS-y reklamowe.

W celu ustalenia okoliczności przedmiotowej sprawy Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (zwanym dalej również Generalnym Inspektorem) przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w trakcie którego ustalił, co następuje.

1. Skarżący zawarł ze Spółką umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z dnia [...] października 2006 r. (karta 130 akt sprawy), dotyczącą numeru [...]. Zawierając powyższą umowę Skarżący oświadczył, iż wyraża zgodę na otrzymywanie informacji handlowych drogą elektroniczną oraz nie wyraża zgody na przetwarzanie danych osobowych dla celów marketingowych własnych produktów i usług po zakończeniu realizacji umowy.
2. W dniu [...] września 2007 r. Skarżący zawarł ze Spółką kolejną umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych (karta 133 akt sprawy), dotyczącą numeru [...]. Zawierając powyższą umowę Skarżący oświadczył, iż nie wyraża zgody na otrzymywanie informacji handlowych drogą elektroniczną oraz nie wyraża zgody na przetwarzanie danych osobowych dla celów marketingowych własnych produktów i usług po zakończeniu realizacji umowy.
3. Skarżący w dniu [...] marca 2009 r. o godz. [...] wysłał na numer [...] SMS o treści „N” (wyjaśnienia Spółki – karta 76 akt sprawy), co oznaczało wyłączenie zgody na „Elektroniczną Informację Handlową” (przesyłanie informacji handlowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej – SMS, MMS, e-mail i przy użyciu automatycznych systemów informacji głosowej).
4. Skarżący przed dniem [...] maja 2009 r. otrzymał SMS-y o treści: „[...]”, „[...]” i „[...]”. Spółka, odnosząc się w złożonych w sprawie wyjaśnieniach (karta 126 akt sprawy) do kwestii przesyłania m.in. ww. wiadomości poinformowała, iż z uwagi na okres jaki upłynął od momentu wysyłki SMS-ów do Skarżącego nie może jednoznacznie wskazać, czy wysłała faktycznie do Skarżącego wskazane SMS-y oraz na jaki numer telefonu. Podniosła również, iż z prowadzonej przez nią ze Skarżącym korespondencji wynika, że Skarżący brał udział dwukrotnie w konkursach organizowanych przez Spółkę poprzez wysyłkę SMS-ów w dniu [...] maja 2009 r., wysyłając SMS na numer [...] z numeru [...], oraz SMS w dniu [...] maja 2009 r. z numeru [...] na numer [...], oraz że „[p]rawdopodobnie udział w konkursach aktywował zgodnie z ówczesnymi ich regulaminami zgodę na otrzymywanie Elektronicznej Informacji Handlowej”.
5. Skarżący w dniu [...] maja 2009 r. przesłał Spółce e-mail (karta 95 akt sprawy), w którym wskazał, iż „zgodnie z dwukrotnie wyrażoną prośbą, nie życzę sobie otrzymywać od Państwa żadnych materiałów promocyjnych, ofert marketingowych, powiadomień, etc”. Wskazał w nim również, iż żąda zaprzestania zasypywania go „śmieciami reklamowymi” oraz że dotyczy to numerów [...] i [...]. W odpowiedzi (karta 94 akt sprawy) Spółka poinformowała go, że aby nie otrzymywać informacji marketingowych w formie SMS należy wysłać bezpłatnego SMS-a o treści NIE na numer [...].

6. W dniu [...] października 2009 r. uległa rozwiązaniu zawarta przez Skarżącego ze Spółką umowa dotycząca numeru [...].
7. W dniu [...] marca 2010 r. do Skarżącego zadzwoniła osoba proponująca mu kartę kredytową oferowaną we współpracy ze Spółką przez E. S.A., prowadzący działalność pod nazwą P. (zwany dalej Bankiem). Oferta karty kredytowej przedstawiona Skarżącemu była wynikiem zawartej przez Spółkę z Bankiem umowy o współpracy z dnia [...] września 2008 r. (karty 39-53 akt sprawy), której przedmiotem była współpraca w zakresie wspólnego opracowania, promocji i dystrybucji wspólnej oferty Banku i Spółki określającej „warunki wydawania przez Bank Karty Kredytowej P[...]–[...] oraz powiązany z nią pakiet usług określony w Regulaminie Promocji P[...]–[...]”. Dane osobowe Skarżącego nie zostały udostępnione przez Spółkę Bankowi, natomiast kampania sprzedażowych połączeń wychodzących dotycząca promocji karty kredytowej P.–[...] realizowana była przez M. Sp. z o.o. na podstawie zawartej ze Spółką i Bankiem umowy z dnia [...] października 2009 r. (wyjaśnienia Spółki – karta 11 akt). W § 4 ust. 3 tej umowy (karta 20 akt sprawy) wskazano, iż „P[...] upoważnia M[...], w rozumieniu art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 roku, Nr 101 poz. 926 z późn. zm.; »Ustawa«) do przetwarzania danych osobowych (...) w celu i zakresie wyłącznie niezbędnym do wykonania Akcji Sprzedażowych, o których mowa w §1 Umowy”. Załącznik nr 1 do ww. umowy (wraz z aneksami) określa szczegółowy zakres danych abonentów i użytkowników sieci Spółki przekazywanych przez Spółkę do M. Sp. z o.o.
8. W dniu [...] sierpnia 2010 r. do Skarżącego zadzwonił przedstawiciel Spółki proponując mu nowy telefon i usługę promocyjną.
9. W dniu [...] sierpnia 2010 r. Skarżący skierował do Spółki pocztą elektroniczną korespondencję, w której, odnosząc się do rozmowy z jej przedstawicielem w dniu [...] sierpnia 2010 r. wskazał, że „[w]ielokrotnie pisałem do Państwa w tej sprawie: nie życzę sobie, aby moje dane osobowe były przetwarzane w celach marketingowych!”. Zgodnie z wyjaśnieniami Spółki (karta 75 akt sprawy), nie zarejestrowała ona wpływu powyższej korespondencji. W dniu [...] września 2010 r. do Spółki wpłynął e-mail Skarżącego (karta 81 akt sprawy) w treści którego zawarta została treść jego korespondencji z dnia [...] sierpnia 2010 r. W związku z powyższą korespondencją Spółka, w korespondencji e-mail z dnia [...] listopada 2010 r. (karta 80 akt sprawy), potwierdziła Skarżącemu, że od dnia [...] marca 2009 r. na jego numerze jest wyłączona zgoda na „Elektroniczną Informację Handlową”. Jednocześnie konsultant wprowadził do systemu dyspozycję dotyczącą wykluczenia Skarżącego z głosowej informacji handlowej (przedstawiania ofert marketingowych przez telefon). Dyspozycja ta została aktywowana w dniu [...] grudnia 2010 r. (wyjaśnienia Spółki – karta 75 akt).
10. Skarżący w dniu [...] grudnia 2010 r. przesłał Spółce korespondencję, która została potraktowana przez nią jako oświadczenie woli mające znamiona sprzeciwu przeciwko przetwarzaniu danych w celach marketingowych w rozumieniu art. 32 ust. 1 pkt 8 ustawy o ochronie danych osobowych (wyjaśnienia Spółki - karty 75-76 akt sprawy). Spółka wyjaśniła (pismo z dnia [...] sierpnia 2011 r. - karta 75 akt sprawy), że „całkowite zaprzestanie przetwarzania danych Skarżącego w celach marketingowych (...) nastąpiło w dniu [...] stycznia

2011 roku”, oraz iż było to wynikiem dokonanej w związku z powyższą korespondencją zmiany na koncie abonenckim Skarżącego, skutkującej zablokowaniem wysyłki jakichkolwiek materiałów reklamowych za pomocą tradycyjnej poczty.

11. W związku z zaprzestaniem przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych jego dane powierzone do przetwarzania M. Sp. z o.o. zostały usunięte z powierzonej bazy (wyjaśnienia Spółki – karta 75 akt sprawy).
12. W dniu [...] listopada 2011 r. uległa rozwiązaniu zawarta przez Skarżącego ze Spółką umowa z dnia [...] października 2006 r., dotycząca numeru [...].
13. W dniu [...] listopada 2011 r. o godz. [...] Skarżący otrzymał na numer telefonu [...] przesłany przez Spółkę SMS o treści „[...]”. Spółka wyjaśniła (karta 126 akt sprawy), iż było to spowodowane błędem systemu, który powstał w skutek opóźnień w przeliczaniu baz danych, oraz że w związku z przeniesieniem numeru telefonu Skarżącego do innego operatora w dniu [...] listopada, informacja o zmianie statusu konta Skarżącego na deaktywny przyszła z opóźnieniem, przez co numer telefonu Skarżącego został zakwalifikowany do wysyłki SMS.

W związku z powyższym, Generalny Inspektor zważył, co następuje.

Przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, jeżeli występuje przynajmniej jedna z przesłanek określonych w art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.), zwanej dalej ustawą, stanowiącym, że przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy: (pkt 1) osoba, której dane dotyczą, wyrazi na to zgodę, chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych, (pkt 2) jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa, (pkt 3) jest to konieczne do realizacji umowy, gdy osoba, której dane dotyczą, jest jej stroną lub gdy jest to niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy na żądanie osoby, której dane dotyczą, (pkt 4) jest niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego, (pkt 5) jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą.

Na wstępie, mając na uwadze, iż Skarżący w swojej skardze podkreśla, iż nie wyraził zgody na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych, wyjaśnić należy, że do przetwarzania danych osobowych w powyższych celach nie zawsze jest konieczna zgoda osoby, której dane dotyczą. Administrator danych może przetwarzać dane osobowe osób fizycznych w celu marketingowym na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy, zgodnie z którym przetwarzanie danych jest dopuszczalne m.in. wtedy, gdy jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą. Art. 23 ust. 4 pkt 1 ustawy, stanowi bowiem, że za prawnie usprawiedliwiony cel, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, uważa się w szczególności marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych. Natomiast w przypadku, gdy przetwarzanie danych w celach marketingowych polega na przesyłaniu informacji przeznaczonej bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług

lub wizerunku przedsiębiorcy (informacji handlowej) za pomocą środków komunikacji elektronicznej (tj. rozwiązań technicznych, w tym urządzeń teleinformatycznych i współpracujących z nimi narzędzi programowych, umożliwiających indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczty elektronicznej), dopuszczalność takiego działania należy oceniać przez pryzmat mających charakter szczególny przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204 ze zm.). Art. 10 powyższej ustawy, w brzmieniu obowiązującym do 21 stycznia 2013 r. stanowił, iż (ust. 1) zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej, (ust. 2) informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny. Zatem zgoda osoby, której dane dotyczą, co do zasady nie jest konieczna w przypadku przetwarzania danych klienta przez administratora danych w celach marketingu własnych produktów lub usług, w inny sposób niż przesyłanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Jednakże, zgodnie art. 32 ust. 1 pkt 8 ustawy każdej osobie przysługuje prawo do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych w przypadkach, wymienionych w art. 23 ust. 1 pkt 4 i 5, gdy administrator danych zamierza je przetwarzać w celach marketingowych lub wobec przekazywania jej danych osobowych innemu administratorowi danych. Zgodnie z art. 32 ust. 3 zd. 1 ustawy, w razie wniesienia sprzeciwu, o którym mowa ust. 1 pkt 8, dalsze przetwarzanie kwestionowanych danych jest niedopuszczalne. Ponadto, zgoda jest niezbędna w przypadku, gdy administrator danych zamierza przetwarzać dane w celach marketingowych po rozwiązaniu umowy wiążącej go z klientem.

Wskazać w tym miejscu należy, że w ocenie Generalnego Inspektora w procesie przetwarzania danych osobowych Skarżącego przez Spółkę doszło do wielokrotnych uchybień polegających na przetwarzaniu jego danych osobowych w celach marketingowych pomimo niedopuszczalności takich operacji. Zaznaczyć jednocześnie należy, że z uwagi na brak możliwości jednoznacznego ustalenia czy Skarżący po wycofaniu w dniu [...] marca 2009 r. zgody na otrzymywanie informacji handlowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej, wyrażał zgodę na ww. działanie w konkursach organizowanych przez Spółkę (co jest okolicznością sporną pomiędzy stronami), nie jest możliwe dokonanie oceny czy z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych odbywało się otrzymywanie przez niego SMS-ów w 2009 r. Dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie istotne znaczenie mają jednak inne okoliczności. Zdaniem Generalnego Inspektora Spółka dopuściła się przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych, pomimo wniesionego przez niego sprzeciwu wobec takich działań. Skarżący w skierowanej do Spółki korespondencji e-mail z dnia [...] maja 2009 r. wskazał jednoznacznie, że nie życzy sobie otrzymywać żadnych materiałów promocyjnych i ofert marketingowych. Był to więc sprzeciw wobec przetwarzania danych w celach marketingowych. Wobec powyższego, w ocenie Generalnego Inspektora nie było dopuszczalne przetwarzanie przez Spółkę danych osobowych Skarżącego w tych celach w oparciu o przesłankę określoną w art. 23 ust. 1 pkt 5

ustawy w późniejszym terminie, zarówno przez samą Spółkę jak i działającą na jej rzecz wskutek umowy powierzenia M. Sp. z o.o. Podkreślić należy, że mimo, iż Skarżący swój sprzeciw ponowił w korespondencji z dnia [...] sierpnia 2010 r. (której treść dotarła do Spółki w dniu [...] września 2010 r.), wskazując, iż „wielokrotnie pisałem do Państwa w tej sprawie: nie życzę sobie, aby moje dane osobowe były przetwarzane w celach marketingowych!”, Spółka dopiero po dniu [...] grudnia 2010 r. uwzględniła żądanie Skarżącego jako sprzeciw, o którym mowa w art. 32 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zdaniem Generalnego Inspektora naruszyło to nałożoną na nią jako administratora danych przez art. 26 ust. 1 pkt 1 ustawy powinność dołożenia szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą, a w szczególności zapewnienia, aby dane te były przetwarzane zgodnie z prawem. Na marginesie zauważyć należy, że Skarżący w korespondencji z dnia [...] grudnia 2010 r. (karta 78 akt sprawy), która, zgodnie z wyjaśnieniami Spółki została potraktowana przez nią jako oświadczenie woli mające znamiona sprzeciwu, wniósł jedynie o udzielenie informacji odnośnie przetwarzania jego danych osobowych. Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma jednak fakt, że Spółka, wbrew przekazanej Generalnemu Inspektorowi informacji o fakcie zaprzestania przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych z dniem [...] stycznia 2011 r., nie zaprzestała tego działania. Dowodem na powyższe jest przesłanie Skarżącemu w dniu [...] listopada 2011 r. wiadomości SMS o treści „[...]”. Przetwarzanie zaś w celach marketingowych danych osobowych byłego klienta, który wycofał zgodę na otrzymywanie informacji handlowych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, wniósł sprzeciw wobec przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych oraz nie wyraził zgody na przetwarzanie danych osobowych dla celów marketingowych po zakończeniu realizacji umowy, niewątpliwie nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Wobec stwierdzenia tego uchybienia zasadne jest wydanie decyzji nakazującej Spółce zaprzestanie przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy, w przypadku naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych Generalny Inspektor z urzędu lub na wniosek osoby zainteresowanej, w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje przywrócenie stanu zgodnego z prawem, a w szczególności usunięcie uchybień.

Ponadto, Generalny Inspektor z uwagi na fakt, iż nagminny charakter naruszeń wskazuje na możliwość popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy – stanowiącym, że kto przetwarza w zbiorze dane osobowe, choć ich przetwarzanie nie jest dopuszczalne albo do których przetwarzania nie jest uprawniony, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 - skierował zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa do organu powołanego do ścigania przestępstw.

W tym stanie faktycznym i prawnym Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych rozstrzygnął, jak we wstępie.

Stronom, na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych w związku z art. 127 § 3 i art. 129 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego, przysługuje, w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji, prawo złożenia do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (adres: Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa).