



**GENERALNY INSPEKTOR
OCHRONY DANYCH
OSOBOWYCH**

Michał Serzycki

Warszawa, dnia 31 marca 2009 r.

DOLiS/DEC-267/09

dot. DOLiS-440-404/08

DECYZJA

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), art. 12 pkt 2 i art. 22 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), po przeprowadzeniu postępowania w sprawie wniosku Bank, o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 12 września 2008 r. (znak: DOLiS/DEC-537/08/23873,23874), nakazującą ww. Bankowi przywrócenie stanu zgodnego z prawem w procesie przetwarzania danych osobowych Pana LR, poprzez zaprzestanie ich przetwarzania w celach marketingowych,

utrzymuję w mocy zaskarżoną decyzję.

Uzasadnienie

Do Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych wpłynęła skarga Pana LR (zwanego dalej Skarżącym) dotycząca przetwarzania przez Bank jego danych osobowych w celach marketingowych, pomimo zgłoszonego przez niego sprzeciwu w tym zakresie.

W przedmiotowej skardze Skarżący wskazał, że kilkakrotnie informował Bank o tym, by nie przysyłało do niego ulotek reklamowych, podkreślił, że nie życzy sobie „otrzymywać żadnej korespondencji poza bezpośrednio związaną ze spłacaniem rat”, a pomimo to Bank przysyła mu oferty reklamowe. Skarżący podniósł także, że Bank zignorował jego oświadczenie z dnia 8 stycznia 2008 r. wskazujące, iż „nie wyraża zgody na przetwarzanie [jego] danych osobowych w celach marketingowych”.

W celu ustalenia okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz weryfikacji zasadności zarzutów Skarżącego Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, zwany dalej Generalnym Inspektorem, przeprowadził postępowanie wyjaśniające. Na podstawie pisemnych wyjaśnień i dowodów złożonych przez strony przedmiotowego postępowania dokonano następujących ustaleń:

1. Bank pozyskał dane osobowe Skarżącego w dniu 26 września 2006 r. Skarżący wypełnił wniosek o wydanie karty kredytowej, a we wniosku tym wyraził zgodę na przetwarzanie jego danych osobowych „(...) w celu wykonania Umowy oraz w celach związanych z marketingiem usług oferowanych przez Bank oraz podmioty współpracujące z Bankiem (...)”. W tym samym dniu została zawarta umowa o kartę kredytową między Bankiem a Skarżącym.
2. Pismem z dnia 8 stycznia 2008 r. Skarżący poinformował Bank, że nie wyraża zgody na przetwarzanie jego danych osobowych w celach marketingowych.
3. Bank w wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2008 r. (znak: SBR - 1007-06/08) potwierdził otrzymanie ww. pisma wskazując, że na jego podstawie zaprzestał przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych z dniem 18 stycznia 2008 r. Poinformował natomiast, że w związku z wykonywaniem umowy kredytowej do Skarżącego są wysyłane „comiesięczne zestawienia transakcji wraz z ofertami dotyczącymi umowy”.
4. Po tej dacie Skarżący w dalszym ciągu otrzymywał oferty reklamowe Banku. Na dowód powyższego Skarżący przesłał do akt sprawy skierowaną do niego ofertę z dnia 11 lipca 2008 r. reklamującą możliwość uzyskania „Express Gotówki” na wydatki wakacyjne. Pismo skierowane do Skarżącego nosi podpis Kierownika ds. Marketingu Banku i stwierdza „Lipiec w pełni, lato kusi do wyjazdu. Pozwólmy sobie na odrobinę szaleństwa (...) warto wykorzystać możliwości **Express Gotówki z wygodną ofertą wypłaty z konta karty** w pełni! (...) By szybko uzyskać dodatkową gotówkę na wakacyjne wydatki, wystarczy jeden telefon i minimum 6000 zł zostanie przekazane przelewem na wskazane konto lub przekazem pocztowym pod wybrany adres”.

Decyzją administracyjną z dnia 12 września 2008 r. (znak: DOLiS/DEC-537/08/23873,23874), Generalny Inspektor nakazał Bankowi przywrócenie stanu zgodnego z prawem w procesie przetwarzania danych osobowych Skarżącego poprzez zaprzestanie ich przetwarzania w celach marketingowych.

W dniu 6 października 2008 r. do Biura Generalnego Inspektora wpłynęło pismo Banku z dnia 1 października 2008 r. stanowiące wniosek o ponowne rozpatrzenie niniejszej sprawy (złożony w terminie). W treści przedmiotowego wniosku Bank zarzucił decyzji Generalnego Inspektora z dnia 12 września 2008 r. (znak: DOLiS/DEC-537/08/23873,23874):

1. Naruszenie art. 23 ust. 1 pkt 1 i art. 7 pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, w związku z art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93) „poprzez pominięcie okoliczności, iż Skarżący wyraził zgodę na przetwarzanie danych

osobowych w celu marketingowym, zaś dane osobowe Skarżącego, w zakresie objętym zaskarżoną decyzją, przetwarzane są na podstawie zgody wyrażonej przez Skarżącego we wniosku kredytowym”.

2. Naruszenie art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwanej dalej Kpa, „wyrażające się w błędnym ustaleniu stanu faktycznego poprzez stwierdzenie, iż korespondencja dotycząca »Express Gotówki« dotyczy innego produktu Banku niż ten, którego dotyczy umowa o kartę kredytową zawarta przez Bank i Skarżącego, oraz że ma charakter marketingowy, podczas gdy jest to korespondencja związana z wykonywaniem tej umowy o kartę kredytową przez Bank”.
3. Naruszenie art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez niezastosowanie tego przepisu i art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy „poprzez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w stwierdzeniu, iż podstawą przetwarzania danych jest uzasadniony interes administratora danych osobowych (marketing bezpośredni produktów Banku), podczas gdy przetwarzanie danych następuje w zakresie koniecznym do wykonania umowy o kartę kredytową zawartej przez Bank i Skarżącego”.

Bank wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji i odmówienie uwzględnienia wniosku Skarżącego.

Po rozpatrzeniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i przeanalizowaniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Generalny Inspektor zważył, co następuje.

Podstawową kwestią konieczną dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie, czy korespondencja, której ona dotyczy miała charakter marketingowy, a co za tym idzie, czy dane osobowe Skarżącego były przetwarzane przez Bank w celach marketingowych. W tym zakresie Generalny Inspektor podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w poprzednio wydanej decyzji. W ocenie Generalnego Inspektora kierowane do Skarżącego przesyłki dotyczące „Express Gotówki” posiadały niewątpliwie charakter marketingowy. Fakt, iż powyższa korespondencja miała związek z posiadaną przez Skarżącego kartą kredytową, co podnosi Bank w swoich wyjaśnieniach, nie może mieć wpływu na zmianę oceny jej charakteru. W przeciwnym wypadku prowadziłoby to do nieuzasadnionego wniosku, że nie jest możliwe reklamowanie nowych usług, związanych ze sprzedanym już produktem.

Na definicję reklamy jako zjawiska wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 maja 2003 r. (sygn. akt I ACa 1893/2001) stwierdzając, że „jak trafnie wskazano w literaturze (Lemon: Reklama i informacja. Próba definicji), w każdej reklamie musi być informacja, nie każda informacja jest reklamą. Informacja (z j. łacińskiego informatio - wiedza, pojęcie, zarys) ma charakter obiektywny, przedstawia rzeczywisty stan sprawy. Reklama natomiast (z j. łacińskiego reclamo, reclamare - krzyczeć) jest subiektywna i polega na zachęcaniu, agitacji.” Z powyższego należy wnioskować, że celem reklamy jako formy marketingu jest wywarcie wpływu na konsumentów, poprzez nakłonienie ich do określonych zachowań. Celem ofert

wysyłanych do Skarżącego - w ocenie Generalnego Inspektora - było nakłonienie Skarżącego do korzystania z kredytu dostępnego na karcie kredytowej. Zauważyć należy, że Bank w przypadku umowy o kartę kredytową swoje zyski czerpie w zasadzie nie z opłat za wydaną kartę (wysokość rocznej opłaty za kartę w pierwszym roku obowiązywania umowy zgodnie z tabelą opłat znajdującą się w aktach niniejszej sprawy wynosi 0,00 zł), lecz z oprocentowania ewentualnego kredytu zaciągniętego przez klienta, którego rzeczywista roczna stopa - jak wynika z dołączonych do wyjaśnień Banku wzorów ofert - wynosiła w okresie promocji 42,45%, natomiast poza okresem promocji 52,70%. W związku z powyższym Bank zainteresowany jest jak najczęstszym korzystaniem przez klientów z dostępnego na karcie kredytu, a przesyłki dotyczące „Express Gotówki” nie były w istocie informacją dotyczącą zawartej umowy – na co wskazuje Bank – lecz reklamą mającą zachęcić do skorzystania z kredytu.

Na reklamowy charakter otrzymywanych przez Skarżącego przesyłek wskazuje sugestywny, łatwy do zapamiętania komunikat, uatrakcyjniony dodatkowo elementami graficznymi. W piśmie z dnia 11 lipca 2008 r. Bank pisze m.in. „Lipiec w pełni, lato kusi do wyjazdu. Pozwólmy sobie na odrobinę szaleństwa (...) warto wykorzystać możliwości **Express Gotówki z wygodną ofertą wypłaty z konta karty w pełni!**”, zamieszczając zdjęcie przedstawiające skaczącego do wody mężczyznę. Dodatkowo wskazać należy, że zadaniem reklamy jest oddziaływanie na emocje odbiorcy, a jedną z form wykorzystywanych w tym celu jest posługiwanie się trybem rozkazującym. Korespondencji przesyłanej przez Bank Skarżącemu trudno przyznać wyłącznie charakter informacyjny, bowiem poprzez posłużenie się sformułowaniem „Skocz na wakacje!” (pismo z dnia 11 lipca 2008 r.), „Zaproś przyjaciół na wiosennego grilla!” lub „Zadzwoń do nas!” (wzór jednego z pism dotyczących „Express Gotówki” w oparciu o które była przygotowywana korespondencja do Skarżącego – wyjaśnienia Banku z dnia 30 stycznia 2009 r.), w sposób jednoznaczny nawołuje do podjęcia aktywności ze strony Skarżącego. Należy zauważyć, że korespondencja, której przesyłania dotyczy niniejsza sprawa, była uznawana za korespondencję o charakterze marketingowym, również przez Bank. Wskazuje na to widniejący na niej podpis Kierownika ds. Marketingu Banku, przesyłanie jej w kopercie z oznaczeniem „Przesyłka reklamowa” (pismo z dnia 11 lipca 2008 r.) oraz fakt, iż przepisy Regulaminu Korzystania z Karty Kredytowej, zwanego dalej Regulaminem (art. 15 ust. 3) - z których Bank wywodzi dopuszczalność przesyłania tej korespondencji - stanowią, że do takiej korespondencji stosuje się zasady dotyczące oferty promocyjnej. Ponadto nie można pominąć faktu, iż art. 15 Regulaminu nosi tytuł „Promocje”, co jednoznacznie wskazuje na jego zastosowanie do działań o charakterze marketingowym.

Ustaliwszy powyższe można odnieść się do zarzutów podniesionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 pkt 1 i art. 7 pkt 5 ustawy poprzez pominięcie faktu, że przetwarzanie danych osobowych następuje na podstawie zgody Skarżącego jest zarzutem czysto

teoretycznym ponieważ, jak Bank sam przyznaje we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po dniu 18 stycznia 2008 r. zaprzestano przetwarzania danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych również w oparciu o przesłankę zgody (część III akapit pierwszy uzasadnienia wniosku). Niemniej jednak, Generalny Inspektor pragnie zauważyć, że wbrew temu, co dowodzi Bank, ugruntowane w piśmiennictwie stanowisko wskazuje, że zgoda na przetwarzanie danych osobowych może zostać odwołana (por. A. Drozd. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy. Wydanie III. Warszawa 2007, s. 79 i 84 oraz J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz. Ochrona Danych Osobowych. Komentarz. Wydanie IV. Kraków 2007, s. 444-445). W związku z powyższym, należy stwierdzić, że niezasadne jest stanowisko Banku zawarte we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w którym stwierdzono, iż „...pomimo wniesienia sprzeciwu przez Skarżącego Bank miał nadal prawo przetwarzać dane osobowe Skarżącego w celu marketingu własnych usług na podstawie udzielonej przez Skarżącego zgody”. Pismo Skarżącego z dnia 8 stycznia 2008 r. niewątpliwie jest odwołaniem udzielonej wcześniej Bankowi zgody na przetwarzanie danych osobowych w celach marketingowych.

Ze względu na powyższe, pozostaje odnieść się do zarzutów naruszenia art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 Kpa, wyrażającego się „w błędnym ustaleniu stanu faktycznego poprzez stwierdzenie, iż korespondencja dotycząca »Express Gotówki« dotyczy innego produktu Banku niż ten, którego dotyczy umowa o kartę kredytową zawarta przez Bank i Skarżącego, oraz że ma charakter marketingowy, podczas gdy jest to korespondencja związana z wykonywaniem tej umowy o kartę kredytową przez Bank”, oraz naruszenia art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez niezastosowanie tego przepisu i art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w stwierdzeniu, iż podstawą przetwarzania danych jest uzasadniony interes administratora danych osobowych. Bank wskazuje, że korespondencja będąca przedmiotem niniejszej sprawy jest przesyłana w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy tj. ze względu na to, iż 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. Jego zdaniem przesyłana Skarżącemu korespondencja jest związana z wykonywaniem umowy o kartę kredytową. Powołuje się przy tym na art. 15 Regulaminu, w szczególności zaś na ust. 3 ww. artykułu, który stanowi, że „Bank może złożyć Kredytobiorcy ofertę skorzystania z kredytu przez wypłatę gotówki w granicach określonych w ofercie, które mogą przekraczać dostępny Limit gotówkowy, lecz nie mogą przekraczać Limitu kredytowego. (...) Do tej oferty stosują się odpowiednio zasady dotyczące oferty promocyjnej”.

Wobec ustalenia, że przesyłana Skarżącemu korespondencja dotycząca „Express Gotówki” miała charakter marketingowy, ocena przetwarzania jego danych osobowych w kontekście przesłanki wynikającej z art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy, sprowadza się w istocie do kwestii stwierdzenia, czy przetwarzanie danych w celach marketingowych było konieczne dla realizacji umowy.

W ocenie Generalnego Inspektora przesyłanie Skarżącemu przez Bank korespondencji dotyczącej „Express Gotówki” nie znajdowało uzasadnienia w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy, tzn. nie było konieczne do realizacji umowy o kartę kredytową. Przeciwnie oznaczałoby, że przedmiotem umowy jest również przetwarzanie danych osobowych Skarżącego w celach marketingowych. Powyższe sprzeczne jest zaś z zasadą celowości przetwarzania danych osobowych, o której mówi art. 26 ust. 1 pkt 2 ustawy, stanowiący, że administrator danych przetwarzający dane powinien dołożyć szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą, a w szczególności jest obowiązany zapewnić, aby dane te były zbierane dla oznaczonych, zgodnych z prawem celów i nie poddawane dalszemu przetwarzaniu niezgodnie z celami. Należy zwrócić uwagę, że cel, dla którego Bank zebrał dane osobowe Skarżącego, jest inny niż cele marketingowe. Dane te zostały zebrane w celu zawarcia umowy o kartę kredytową, zgodnie z którą „Bank oddaje do dyspozycji Kredytobiorcy środki pieniężne (kredyt) w ramach odnawialnego Limitu kredytowego przyznanego kredytobiorcy do wysokości wskazanej powyżej. Bank wyda i doręczy Kredytobiorcy kartę kredytową umożliwiającą korzystanie z kredytu”. Dane osobowe mogą być przetwarzane w celu innym niż ten, dla którego zostały zebrane tylko wtedy, gdy istnieją do tego odrębne przesłanki.

Należy zauważyć, że powoływane przez Bank przepisy Regulaminu wbrew temu, co stwierdza on we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy pisząc, że „.... przekazywanie klientowi informacji dotyczących zasad korzystania z »Express Gotówki« następuje w wykonaniu zobowiązań Banku wynikających z umowy o kartę kredytową i są konieczne dla realizacji umowy”, nie nakładają na Bank zobowiązania do przesyłania informacji, lecz sugerują, iż podpisując umowę o kartę kredytową Skarżący wyraził zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w celach marketingowych. Zdaniem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych stoi to w sprzeczności z art. 7 pkt 5 ustawy, który stanowi że zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści. Oznacza to, że treść oświadczenia woli osoby, której dane dotyczą, nie może budzić wątpliwości. Osoba ta powinna być świadoma dobrowolności bądź konieczności złożenia oświadczenia, którego treścią jest taka zgoda, a klauzula zgody powinna być skonstruowana w taki sposób, aby dysponent danych podejmował świadomą decyzję co do udostępnienia swoich danych osobowych dla jednoznacznie wskazanych celów. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyroku z dnia 4 kwietnia 2003 r. w sprawie o sygn. akt II SA 2135/2002 stwierdził, że „zgoda (...) musi mieć charakter wyraźny, a jej wszystkie aspekty muszą być jasne dla podpisującego w momencie jej wyrażania”.

Zdaniem Generalnego Inspektora konieczne było zbadanie - w wydanej poprzednio decyzji - możliwości przetwarzania danych osobowych Skarżącego w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy, tzn. ze względu na fakt, iż jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych.

Jest to bowiem podstawowa przesłanka umożliwiająca przetwarzanie danych w celach marketingowych. Generalny Inspektor potwierdza wcześniej dokonane ustalenia, że przetwarzanie przez Bank danych Skarżącego w celach marketingowych, w oparciu o powyższą przesłankę, nie było dopuszczalne ze względu na wniesione przez niego pismo z dnia 8 stycznia 2008 r., będące również bez wątpienia sprzeciwem, o którym mowa w art. 32 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Podsumowując, w stanie faktycznym ustalonym przez Generalnego Inspektora, działanie Banku polegające na przesyłaniu Skarżącemu ofert skorzystania z „Express Gotówki” – po otrzymaniu pisma Skarżącego z dnia 8 stycznia 2008 r. – było pozbawione podstaw prawnych, w szczególności zaś nie znajdowało uzasadnienia w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy. W związku z powyższym rozstrzygnięcie zawarte w decyzji Generalnego Inspektora z dnia 12 września 2008 r. (znak: DOLiS/DEC-537/08/23873,23874) było prawidłowe.

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

Decyzja niniejsza jest ostateczna. Na podstawie art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), w związku z art. 13 § 2, art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.), od niniejszej decyzji stronie przysługuje prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w terminie 30 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (na adres: Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, ul. Stawki 2, 00 – 193 Warszawa).