

PROBLEMA COMUNICĂRILOR COMERCIALE NESOLICITATE. ASPECTE LEGISLATIVE ȘI JURISPRUDENȚIALE

Călina Jugastru

Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu

1. INTERNET, E-COMMERCE ȘI CYBERMARKETING

Dezvoltarea Internetului, inițial în mediul științific pentru schimbul de informații, a fost speculată de oamenii de afaceri, care i-au găsit noi întrebuințări. De aceea, astăzi putem vorbi, în paralel cu societatea informației, de economia informației. Întrepătrunderile sunt evidente, deținerea informației fiind semnul puterii atât în societatea civilă, cât și în sfera economică. Se poate afirma însă, tot atât de bine, că evoluția noilor tehnologii și-a pus amprenta pe toate sectoarele vieții sociale. Concepte cum sunt e-gouvernement, e-learning, e-health, e-business, e-payment ș.a., vor intra, în scurt timp, în limbajul comun. În mod asemănător, în mediul economic se jonglează cu termenii e-commerce, profiling, e-marketing, webmarketing, cybermarketing. Concurența inevitabilă pe piața cererii și a ofertei a determinat utilizarea rețelei *Internet* pentru atragerea clienților și fidelizarea acestora. Rațiunea pentru care firmele preferă *Internetul* sunt gratuitatea sau cheltuielile extrem de reduse în comparație cu profitul obținut.

Actualmente, *Internetul* are și o certă dimensiune comercială, care conduce la amplificarea concurenței între agenții economici¹. Enumerăm câțiva factori care își aduc contribuția la crearea acestei stări de fapt². În primul rând, consumatorii au posibilitatea de a intra în relație cu producători străini, care nu dispun de puncte de vânzare a mărfurilor în anumite țări. Se înlătură astfel orice bariere geografice interpușe în comercializarea produselor.

Apoi, piața este invadată de „actori” noi, care nu au corespondent în lumea fizică. Este vorba de societăți comerciale virtuale, care își desfășoară activitatea exclusiv prin *Internet*, economisind sume importante în privința dotărilor, plății angajaților etc.

¹ Potrivit Raportului *eEurope+* (2004), 36% dintre utilizatorii din țara noastră folosesc Internetul pentru comerț electronic (www.mcti.ro).

² A se vedea, cu privire la aceste probleme, A. Belleil, *E-privacy. Le marché des données personnelles à l'âge de l'Internet*, Paris, Dunod, 2001, p. 9–10.

Din punctul de vedere al prețurilor mărfurilor, *Internetul* favorizează examinarea comparativă rapidă din partea clientului. Agenții economici care își desfășoară activitatea doar în mediul virtual au posibilitatea să propună prețuri mai scăzute, în raport cu firmele tradiționale. De regulă, clientul va accepta ofertele care îi propun prețuri mai avantajoase, adică mai atractive. Există și riscul ca producătorii care acționează în lumea fizică să piardă în timp contactul cu clienții lor obișnuiți, care îi vor abandona în favoarea comerțului virtual.

Un catalizator al dezvoltării e-commerce este posibilitatea oferită clientului de a lansa el însuși apeluri pentru a primi oferte, cu descrierea exactă a caracteristicilor produselor pe care dorește să le achiziționeze și prețul pe care este dispus să îl achite. Se poate naște astfel un gen de dependență a clienților de cumpărarea produselor prin Internet.

Cheia succesului întreprinzătorilor virtuali pare a fi posibilitatea de a oferi clientului produsul pe care acesta și-l dorește, în condiții optime de preț. Pentru a ajunge la această finalitate, agentul economic trebuie să cunoască profilul consumatorului, iar odată stabilită relația comercială, lui nu-i mai rămâne decât să procedeze la fidelizarea clientului. Internetul permite, din acest punct de vedere, colectarea unei cantități uriașe de informații cu privire la consumator, cu/ori fără știrea acestuia. Personalizarea serviciilor impune, prin esența sa, cunoașterea nevoilor clientului, a gusturilor sale și, pe cât posibil, a disponibilităților financiare. Scopul este de a-i propune achiziționarea mărfurilor care corespund nu numai nevoilor, dar și standardelor personale. Pe măsură ce respectivul client va cumpăra produsele propuse și negociate, agentul economic va avea la îndemână mai multe date cu privire la preferințele sale, așa încât va putea să-i ofere produse care să fie exact pe măsura așteptărilor acestuia. Consumatorul, la rândul său, nu este o simplă marionetă în mâinile comerciantului. Dincolo de demersurile acestuia, el va alege produsul care răspunde optim propriilor cerințe și se va reorienta spre alți producători, dacă aceștia îi vor face propuneri mai avantajoase, după caz.

Dacă efectul evoluției e-commerce este concurența, remediul său este personalizarea ofertei, printr-o cât mai profundă cunoaștere a clientului sau a potențialului client și fidelizarea. Grație adreselor de poștă electronică, profesioniștii în marketing întrețin un dialog puțin costisitor cu piața de consum și au posibilitatea de a culege datele personale ale clienților. În acest moment intră în ecuație drepturile personalității, periclitate de procedeele folosite pentru alcătuirea profilului consumatorului. În mod special, se pune problema protecției dreptului la viață privată, întrucât datele personale ale utilizatorilor sunt colectate și înregistrate deseori în absența consimțământului acestora.

Dreptul la viață privată reunește câteva prerogative, care ar putea fi rezumate astfel: dreptul individului de a fi lăsat singur, controlul asupra tuturor informațiilor care îl privesc, dreptul de a-și duce existența la adăpost de priviri indiscrete și dreptul la anonim. Ori, în ipoteza prelucrării datelor cu caracter personal fără știrea utilizatorului, aceste prerogative sunt serios afectate. *The right to be left alone* și anonimatul pe Internet, devin în aceste condiții, simple ficțiuni. Calea cea

mai simplă și mai puțin costisitoare pe care o au la îndemână agenții economici pentru promovarea produselor și serviciilor este publicitatea efectuată direct, prin expedierea mesajelor promoționale în cutia poștală electronică a utilizatorilor. Desigur, acest lucru presupune cunoașterea adresei electronice a *internautului*, fie direct de la acesta, fie prin culegerea informațiilor din spațiul virtual. Datorită importanței pe care a dobândit-o cunoașterea adreselor e-mail pentru prosperitatea comerțului electronic, stocarea acestora este vitală. Este rațiunea pentru care în unele țări ființează companii al căror obiect de activitate se centrează pe colectarea informațiilor cu privire la consumatori și alcătuirea profilului acestora. Pertinența ofertei comerciale este direct proporțională cu cantitatea și calitatea datelor deținute cu privire la potențialul client.

Dorința de a atrage și de a păstra cât mai mulți clienți are drept consecință invadarea căsuțelor poștale ale utilizatorilor cu numeroase oferte comerciale. De cele mai multe ori, mesajele recepționate nu sunt cerute de utilizatori. Acest fenomen este consacrat sub denumirea de *spamming*.

2. SPAMMING – UN FLAGEL REAL

Termenul *spamm* a apărut mai întâi pe grupurile de discuții USENET, cu referire la EMP (Excessive Multi Posting) și ECP (Excessive Cross Posting). În prezent, este folosit și pentru a descrie UBE (Unsolicited Bulk E-mail) și UCE (Unsolicited Commercial E-mail).

Spamming este procesul de expediere a mesajelor electronice nesolicitate (*spamm*), de cele mai multe ori cu caracter publicitar, pentru diferite produse și servicii, practicat în industria e-marketingului și de proprietarii de situri cu caracter pornografic³. *Spamming-ul*⁴ este o metodă de promovare foarte ieftină și succesul campaniei este proporțional cu numărul de destinatari. De aceea, un mesaj este transmis la sute, chiar mii de adrese simultan.

Literatura de specialitate menționează trei modalități principale de trimitere a *spamm-urilor*⁵: folosirea unor servere proprii de poștă electronică; utilizarea serverelor furnizorilor specializați în corespondență electronică și folosirea serverelor de poștă electronică aparținând altor utilizatori Internet, servere care sunt insuficient protejate sau care nu dispun de un sistem de protecție din acest punct de vedere.

³ Expedierea unor mesaje nesolicitate, cu caracter obscen sau amenințător este o formă de concretizare a hărțuirii prin folosirea poștei electronice. Hărțuirea prin e-mail este înțeleasă ca o „prelungire” a hărțuirii tradiționale în lumea comunicațiilor electronice (a se vedea C. Adochiței, *Infrafracțiuni pe Internet: hărțuirea electronică*, „Dreptul”, nr.7, 2002, p. 51).

⁴ Pentru desemnarea *spamm-ului* sunt folosiți și alți termeni: „publipostage électronique”, „multipostage excessif non sollicité”, „pollupostage”, „pourriels”, „junk mails” etc. Fiecare termen evocă, așa cum se observă, practica trimiterii masive a mesajelor nesolicitate.

⁵ D. Găărăiman, *Dreptul și informatica*, București, Edit. All Beck, 2003, p. 286.

Spamm-ul costă spațiu de stocare utilizat pe e-mail, servere și, nu în ultimul rând, timp și bani pentru a citi și/ sau șterge comunicările respective, indiferent dacă se intenționează sau nu achiziționarea produselor (în medie, fiecare utilizator pierde zilnic aproximativ 30–50 de minute pentru a verifica, sorta și șterge mesajele nesolicitate). În România, unde aproximativ 24% din totalul populației utilizează Internetul⁶, pagubele se cifrează la 269,1 milioane de dolari pe an, conform unor date furnizate de către Ministerul Comunicațiilor și Tehnologiei Informației.

În afara faptului că recepționarea mesajelor este oneroasă pentru beneficiar, îi răpește timp și aglomerează cutia poștală, nelăsând loc mesajelor utile, pericolul la adresa intimității utilizatorului rezultă, în primul rând, din modalitatea în care expeditorul mesajului publicitar intră în posesia e-mailului de destinație.

Dacă utilizatorul se înregistrează voluntar, manifestându-și acordul, trimiterea ofertelor comerciale în căsuța poștală indicată este licită. Există însă și alte modalități, frecvent întâlnite, ca de pildă, colectarea automată a adreselor e-mail din spațiul public Internet (de pe forumuri, prin interceptarea altor mesaje etc.). În situația din urmă lipsește consimțământul destinatarului la înregistrarea propriei adrese și la primirea mesajelor.

Sintagma „mesaj electronic” se referă la orice comunicare ce utilizează textul, vocea, sunetul sau imaginea trimise prin intermediul unei rețele publice de comunicații, aptă să stocheze informația în rețea ori în terminalul⁷. *Spamm-ul* este practicat pe scară largă de comercianți pentru mărirea cifrei de afaceri. Dacă ne gândim că pot fi trimise 5 milioane de mesaje comerciale nesolicitate, la un preț de aproximativ 50 de dolari⁸, înțelegem că expeditorul este mai puțin interesat de faptul că se amestecă în spațiul privat al utilizatorului, atâta timp cât suscită interesul unei mulțimi și poate obține câștiguri fabuloase, cu investiții minime.

3. COOKIES SAU „URMELE INFORMATICE”

A doua situație apreciată drept un pericol pentru viața privată sunt martorii conexiunilor *Internet*, cunoscuți sub denumirea *cookies*. Este vorba despre „fișiere de date locale, pasive, criptate și personalizate inserate pe un calculator, prin intermediul browser-ului de navigare, de către site-uri, în momentul apelării acestora de către navigator”⁹. Specialiștii sistemelor informatice fac diferență între două categorii de *cookies*: unele care sunt șterse automat în momentul închiderii navigatorului clientului (*cookies de sesiune*) și altele, care sunt păstrate pe disc, fără să fie șterse la închiderea navigatorului (*cookies persistente*).

⁶ Informațiile sunt extrase din Raportul de activitate al Ministerului Comunicațiilor și Tehnologiei Informației – 2001–2004, disponibil la adresa www.mcti.ro.

⁷ Directiva (58/2002/CE) Parlamentului European și a Consiliului privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, „Journal Officiel”, nr. L 201 din 31 iulie 2002, art. 2, lit. h.

⁸ Apud A. Belleil, *op. cit.*, p. 56.

⁹ D. Gărăiman, *op. cit.*, p. 290.

În alte cuvinte, din momentul conectării la rețeaua Internet, *internautul* lasă inevitabil în urmă date personale, precum numele, prenumele, adresa, tipul informațiilor căutate, adresa e-mail, ora începerii și finalizării navigării și, uneori, numele computer-ului și numele domeniului din care acesta face parte ș.a. Prin intermediul fișierelor cookie, create automat, orice intrare în rețeaua Internet se soldează practic, cu colectarea datelor personale, într-o cantitate considerabilă. Cookies permit crearea profilului utilizatorului, în absența consimțământului acestuia și reprezintă o intruziune în viața privată.

Fișierele cookies memorează datele utilizatorilor în scopuri diverse. Pot fi vizate obiective cum sunt: crearea unei baze proprii de informații, care urmează a fi distribuită pe calculatoarele utilizatorilor, pentru eficientizarea accesului la site-ul respectiv; folosirea datelor pentru demersuri publicitare și de îmbunătățire a conținutului informațional al site-ului ori pentru schimbul de date cu alte site-uri colaboratoare¹⁰.

Internetul se dorește un spațiu al libertății și schimbului permanent de informații între oameni care aparțin unor culturi diverse, dar modul cum este utilizat nu trebuie să lase loc încălcării drepturilor și libertăților fundamentale. Pentru acest motiv, folosirea tehnicilor informatice nu poate fi nici un moment disociată de protejarea drepturilor omului. Unele sisteme de drept au consacrat expres această regulă. De exemplu, legea franceză prevede *in terminis* „informatica nu trebuie să aducă atingere nici identității umane, nici drepturilor omului și vieții sale private, nici libertăților individuale sau publice”¹¹.

În raport de modalitatea de creare a fișierelor cookies, se poate aprecia dacă acestea se situează în limitele legalității. Atâta timp cât utilizatorul acceptă să ofere site-ului date personale (prin completarea și validarea unui formular, prin manifestarea acordului pentru memorarea informațiilor, dacă acest acord îi este solicitat etc.), fișierele cookies sunt licite. Dimpotrivă, colectarea datelor cu caracter personal fără acceptul navigatorului intră în sfera ilicitului.

Cookies favorizează, în ultimă instanță, *spamming*-ul. Internautul accesează site-uri de naturi diverse, achiziționează mărfuri pe Internet, răspunde la chestionare – toți acești pași sunt înregistrați, memorați¹². Specialiștii pornesc de la aceste date și alcătuiesc profilul utilizatorului, emițând și predicții privind comportamentul acestuia în spațiul virtual. Comerciantul va ști în viitor ce oferte să lanseze consumatorului în cauză.

¹⁰ *Ibidem*, p. 291.

¹¹ *Legea* (nr. 78–17 din 6 ianuarie 1978) cu privire informatică, fișiere și libertăți, modificată prin *Legea* nr. 2004–801 din 6 august 2004.

¹² Corespondentul acestor procedee în lumea reală ar fi angajarea unor detectivi, care să noteze fiecare mișcare a celui urmărit.

4. PREVEDERI LA NIVELUL DIRECTIVELOR COMUNITARE

Cele două fenomene – *spamming* și *cookies* – apar ca reale amenințări la adresa vieții private. Utilizarea *spamm*-ului¹³ pune în evidență dezechilibrul între mijloacele de care dispune partea „puternică” – *spammer*-ul și partea „slabă” – *internautul*, care suportă invazia de mesaje nesolicitate. Deși primul acționează, de regulă, în disprețul prevederilor contractuale, cel de-al doilea apare în ipostaza de victimă a încălcării drepturilor sale fundamentale.

Metodele prin care cele două fenomene pot fi reprimite sunt, în același timp, modalități de evitare a angajării răspunderii juridice. Conturarea cadrului legal este esențial, iar Directivele comunitare oferă anumite soluții pe care, deocamdată, nu toate statele le-au transpus în dreptul intern.

Directiva 95/46 se referă la prelucrarea datelor cu caracter personal și instituie principiile procesării, fără a face referiri directe la problema mesajelor nesolicitate.

Directiva 58/2002 privind prelucrarea datelor personale și protecția intimității în sectorul comunicațiilor electronice aduce necesare completări în materia examinată. Într-o definiție a termenilor, comunicațiile includ orice informații vehiculate între persoane prin intermediul unui serviciu electronic accesibil publicului; orice informație schimbată sau transmisă între un număr determinat de participanți prin intermediul unui serviciu de comunicații electronice destinat publicului; aceasta nu include informația transmisă publicului printr-o rețea de comunicații electronice ca parte a unui serviciu de programe audiovizuale, în măsura în care nu poate fi stabilită o legătură între informația în cauză și abonatul sau utilizatorul identificabil care o primește.

Poșta electronică este, potrivit prevederilor directivelor, serviciul care constă în transmiterea printr-o rețea publică de comunicații electronice a unor mesaje în format text, voce, sunet sau imagine, mesaje ce pot fi stocate în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului până la recepționarea de către destinatar.

Perpetuarea și amplificarea *spamm*-ului au justificat recurgerea la măsuri legislative la nivel comunitar. Directiva europeană 58/2002 se referă la protecția datelor cu caracter personal și protecția vieții private în domeniul comunicațiilor electronice. Expunerea de motive a Directivei constată realitatea că Internetul bulversează structurile comerciale tradiționale, oferind infrastructura mondială comună pentru furnizarea unei game largi de servicii de comunicații electronice. Toate aceste servicii, accesibile publicului prin *Internet* oferă posibilități noi utilizatorilor, dar prezintă totodată noi amenințări la adresa vieții lor private și a datelor cu caracter personal.

¹³ Problema *spamm*-ului poate fi discutată și în raport cu întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii (Vezi: I. Vasile, *Noi infracțiuni generate de tehnologia informației*, „Revista de drept penal”, nr. 2, 2000, p. 26–27).

Regimurile preconizate pentru gestiunea *spamming*-ului presupun unele precizări în raport cu strategiile de marketing îndeobște folosite. Piața virtuală cunoaște două modalități principale de promovare a produselor și serviciilor. Primul sistem este *option-in* (*opt-in*), adică sistemul opțiunii de intrare. Caracteristica sa este interzicerea, ca regulă, a expedierii mesajelor comerciale către utilizatori, cu excepția situației în care aceștia își exprimă consimțământul expres în sensul arătat. Între metodele frecvent folosite pentru exprimarea acordului se numără înscrierea pe liste de așteptare, publice sau private, după cum sunt administrate de o autoritate publică sau chiar de către comercianți.

La polul opus se află *option-out* (*opt-out*) sau sistemul opțiunii de ieșire, care implică trimiterea mesajelor nesolicitate, chiar în absența consimțământului destinatarului. Utilizatorii au posibilitatea să intervină fie prin manifestarea refuzului de a recepta o categorie anume de mesaje (în urma înscrierii pe o listă de evitare, publică ori privată), fie prin retragerea adresei de e-mail de pe lista de distribuție a expeditorilor. Acest regim favorizează ingerințele nedorite în viața privată, chiar dacă, de această dată, este în discuție spațiul virtual.

La nivelul Uniunii Europene, nu s-a impus statelor adoptarea unuia sau altuia dintre regimurile menționate. Este evident însă că evitarea intruziunilor în spațiul personal prin intermediul *spamming*-ului presupune, ca metodă de bază, adoptarea regimului *opt-in*, care condiționează expedierea prin e-mail a mesajelor publicitare de acordul prealabil și expres al destinatarului¹⁴. *Option-in* este mai avantajos pentru destinatari și în sensul că „aceștia sunt scutiți de efortul de a recurge la formalitatea nu întotdeauna confortabilă a înscrierii în liste speciale, sarcina solicitării consimțământului lor pentru a primi comunicări comerciale căzând pe umerii furnizorilor de servicii”¹⁵.

Din perspectiva secretului poștei electronice și al amenințării *spamming*-ului pentru intimitatea utilizatorului, Directiva conține câteva prevederi esențiale, și anume:

1) consacră regimul *opt-in*, în sensul interdicției expedierii mesajelor electronice comerciale nesolicitate în spațiul Uniunii Europene. Obligațiile prevăzute în Directivă se completează cu acțiunile concrete menite să o transpună în statele membre ale Uniunii Europene;

2) reglementează situațiile de excepție, în care comunicările electronice sunt autorizate, ca de pildă, consimțământul potențialului beneficiar și relația comercială preexistentă expeditor-destinatar. Problema firească, dar nereglementată, privește modul de stabilire, într-un cadru licit și în lipsa oricăror relații anterioare, a contactului între cele două părți, în vederea obținerii consimțământului. Rămân ca

¹⁴ S-a precizat că formula *opt-in* cunoaște două variante de concretizare: expeditorul semnalează destinatarului că, printr-un mesaj, poate refuza trimiterea materialelor publicitare sau solicită consimțământul expres beneficiarului pentru comunicările de acest tip (pentru detalii, a se vedea: D. Gărăiman, *op. cit.*, p. 288).

¹⁵ C. Băiculescu, H. D. Dumitru, *Legea privind comerțul electronic*, Partea a II-a, „Pandectele române”, nr. 1, 2003, p. 221.

soluții fie crearea unui site web destinat înregistrării voluntare a persoanelor care doresc receptarea mesajelor publicitare, fie contactarea telefonică a acestora, spre a le obține consimțământul.

Plecând de la această premisă, textul *Directivei* tranșează problema mesajelor electronice și stabilește că utilizarea sistemelor de apelare automată fără intervenție umană, a faxurilor și a mesajelor electronice este permisă numai dacă destinatarul și-a exprimat în prealabil consimțământul (art. 13). Este interzisă emiterea unor mesaje în scop de prospectare a pieței, de către persoane care își ascund propria identitate sau ascund identitatea reală a celui în numele căruia expediază mesajul. Sunt ilicite și mesajele care nu indică adresa valabilă la care utilizatorul poate achiziționa produsele.

Una dintre prevederile importante ale *Directivei* are în vedere posibilitatea statelor de a adopta regimul pe care îl consideră potrivit în raport cu trimiterea mesajelor în cutiile poștale electronice.

Dispoziții asemănătoare se regăsesc în Directiva 31/2000 privind comerțul electronic.

5. SOLUȚIILE DREPTULUI ROMÂN PRIVIND COMUNICĂRILE COMERCIALE PRIN POȘTA ELECTRONICĂ

5.1. NOUA REGLEMENTARE A LEGII NR. 506/2004

În efortul alinierii legislației române la standardele Uniunii Europene, sunt notabile actele normative care reglementează problema inspirându-se din modelul comunitar.

Legea nr. 506 din 17 noiembrie 2004¹⁶ este noua reglementare a prelucrării datelor personale în sectorul comunicațiilor electronice, abrogând expres Legea nr. 676/2001. Legea nr. 506/2004 transpune, așa cum se menționează în chiar dispozițiile sale finale, Directiva 2002/58 a Parlamentului European și a Consiliului privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice. Se prevede totodată că, în completarea noii legi, se aplică Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date. În schimb, nu intră sub incidența sa prelucrările de date cu caracter personal efectuate: în cadrul activităților în domeniul apărării naționale și securității naționale, în limitele și cu restricțiile stabilite de lege; în cadrul activităților de combatere a infracțiunilor și de menținere a ordinii publice, precum și în cadrul altor activități în domeniul dreptului penal, cu respectarea limitelor și a restricțiilor legale.

¹⁶ Parlamentul României, *Lege (nr. 506 din 17 noiembrie 2004) privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice*, „M.Of. al României”, Partea I, nr. 1101 din 25 noiembrie 2004.

Spre deosebire de vechea reglementare, Legea nr.506/2004 reia fidel textul Directivei și lămurește o serie de probleme. Întâi de toate, utilizatorul este definit drept orice persoană fizică ce beneficiază de un serviciu de comunicații electronice destinat publicului, fără a avea în mod necesar calitatea de abonat al acestui serviciu.

Domeniul de aplicare al *Legii* îl constituie comunicațiile electronice. Prin comunicare urmează a se înțelege orice informație schimbată sau transmisă între un număr determinat de participanți prin intermediul unui serviciu de comunicații electronice destinat publicului; aceasta nu include informația transmisă publicului printr-o rețea de comunicații electronice ca parte a unui serviciu de programe audiovizuale, în măsura în care nu poate fi stabilită o legătură între informația în cauză și abonatul sau utilizatorul identificabil care o primește. Textul legii instituie obligația furnizorului de servicii de comunicații electronice destinat publicului de a lua toate măsurile tehnice și organizatorice adecvate în vederea garantării securității serviciului. În ceea ce privește securitatea rețelei, dacă este necesar, furnizorul serviciului de comunicații electronice va lua măsurile de securitate respective împreună cu furnizorul rețelei publice de comunicații electronice. Măsurile adoptate trebuie să garanteze un nivel de securitate proporțional cu riscul existent, având în vedere posibilitățile tehnice de ultimă oră și costurile implementării acestor măsuri.

Alături de securitate, un loc primordial ocupă asigurarea și garantarea confidențialității comunicărilor și a datelor de trafic aferente.

Este interzisă efectuarea de comunicări comerciale prin utilizarea unor sisteme automate de apelare care nu necesită intervenția unui operator uman, prin fax ori prin poșta electronică sau prin orice altă metodă care folosește serviciile de comunicații electronice destinate publicului, cu excepția cazului în care abonatul vizat și-a exprimat în prealabil consimțământul expres pentru a primi asemenea comunicări¹⁷.

Fără a aduce atingere prevederilor anterioare, dacă o persoană fizică sau juridică obține în mod direct adresa de poștă electronică a unui client, cu ocazia vânzării către acesta a unui produs sau serviciu, în conformitate cu prevederile Legii nr. 677/2001, persoana fizică sau juridică în cauză poate utiliza adresa respectivă, în scopul efectuării de comunicări comerciale referitoare la produse sau servicii similare pe care acea persoană le comercializează, cu condiția de a oferi în mod clar și expres clienților posibilitatea de a se opune printr-un mijloc simplu și gratuit unei asemenea utilizări, atât la obținerea adresei de poștă electronică, cât și cu ocazia fiecărui mesaj, în cazul în care clientul nu s-a opus inițial.

În toate cazurile, este interzisă efectuarea prin poștă electronică de comunicări comerciale în care identitatea reală a persoanei în numele și pe seama căreia sunt făcute este ascunsă sau în care nu se specifică o adresă valabilă la care destinatarul să poată transmite solicitarea sa referitoare la încetarea efectuării unor asemenea comunicări. Această din urmă prevedere se aplică în mod corespunzător și abonaților persoane juridice.

¹⁷ Dispoziția este aplicabilă și persoanelor juridice.

Examinarea Legii nr. 506/2004 ne permite să afirmăm că aceasta instituie regimul *opt-in* în privința comunicărilor nesolicitate, sistem de natură a proteja consumatorul.

5.2. COMUNICĂRILE COMERCIALE NESOLICITATE ÎN LEGEA 365/2000 ȘI ÎN OG 130/2000

Problema mesajelor nedorite, ca intruziune în spațiul privat al consumatorului, este reglementată detaliat în *Legea nr. 365/2002* și în *Normele sale metodologice*¹⁸. Se prevede că orice comunicări comerciale prin poșta electronică sunt interzise, cu excepția cazului în care destinatarul și-a exprimat consimțământul în acest sens (art. 6 alin. 1 din *Lege* și art. 7 alin. 1 din *Norme*). Domeniul de aplicare al legii include serviciile societății informaționale, adică activitățile de prestări servicii sau care presupun constituirea, modificarea, transferul ori stingerea unui drept real asupra unui bun. Aceste activități trebuie să întrunească, în mod cumulativ, patru cerințe: să fie efectuate în considerarea unui folos patrimonial, prin mijloace electronice¹⁹, la distanță și la cererea individuală a destinatarului.

În sfera comunicărilor cu caracter comercial²⁰ intră orice formă de comunicare menită să promoveze, direct sau indirect, produsele, serviciile, imaginea, numele ori denumirea, firma sau emblema unui comerciant sau membru al unei profesii liberale. Așadar, numai comunicările comerciale care îndeplinesc condițiile anterior enumerate intră în sfera serviciilor societății informaționale. Însă, de principiu, *Legea privind comerțul electronic* statuează că orice tip de comunicare comercială prin mesageria electronică este prohibită.

Din dispozițiile legale desprindem situațiile în care spațiul privat virtual nu este afectat prin mesaje publicitare nesolicitate:

- a. acordul destinatarului este expres și prealabil trimiterii mesajelor;
- b. consimțământul comunicat în formă electronică întrunește două condiții: este expediat din cutia poștală în care destinatarul dorește să recepționeze mesaje publicitare; subiectul mesajului conține textul „ACCEPT COMUNICĂRI COMERCIALE DIN PARTEA”, scris cu majuscule, și numele sau denumirea

¹⁸ Parlamentul României, *Legea* (nr. 365 din 7 iunie 2002) *privind comerțul electronic*, „M.Of. al României”, Partea I, nr. 483 din 5 iulie 2002; Guvernul României, *Hotărâre* (nr. 1308 din 20 noiembrie 2002) *privind aprobarea Normelor metodologice pentru aplicarea Legii nr. 365/2002 privind comerțul electronic*, „M.Of. al României”, Partea I, nr. 877 din 5 decembrie 2002.

¹⁹ Mijloacele electronice sunt echipamentele electronice și rețelele de cablu, fibră optică, radio, satelit și altele asemenea, utilizate pentru prelucrarea, stocarea sau transmiterea informației.

²⁰ Nu constituie, prin ele însele, comunicări comerciale: informațiile care permit accesul direct la activitatea unei persoane fizice sau juridice, în special un nume de domeniu sau o adresă de poștă electronică; comunicări legate de produsele, serviciile, imaginea, numele ori mărcile unei persoane fizice sau juridice, efectuate de un terț independent față de persoana în cauză, mai ales atunci când sunt realizate cu titlu gratuit [Parlamentul României, *Lege* (nr. 365 din 7 iunie 2002) *privind comerțul electronic*, ..., art. 1, pct. 8].

persoanei în numele căreia vor fi transmise mesajele. Furnizorul este obligat să pună la dispoziția clienților o procedură gratuită, accesibilă inclusiv prin mijloace electronice, prin care aceștia își pot revoca acordul²¹, în forma unei simple notificări.

c. comunicările comerciale îndeplinesc condițiile prevăzute de lege: subiectul mesajelor începe cu cuvântul „PUBLICITATE”, scris cu majuscule; conținutul cuprinde cel puțin attributele de identificare ale expeditorului: numele sau denumirea completă, domiciliul sau sediul, codul numeric personal sau codul unic de înregistrare, numerele de telefon și fax, adresa de poștă electronică;

d. comunicările comerciale care constituie un serviciu al societății informaționale sau o parte a acestuia, în măsura în care sunt permise, trebuie să îndeplinească, pe lângă cerința consimțământului expres și prealabil, și alte condiții: să fie identificabile ca atare; persoana fizică sau juridică în numele căreia sunt făcute să fie clar identificată; ofertele promoționale, precum reducerile, premiile și cadourile, să fie clar identificabile, iar condițiile de obținere a acestora să fie ușor accesibile și clar prezentate. Vor fi respectate orice alte condiții impuse de lege. Dacă respectivele comunicări sunt furnizate de membrii unor profesii liberale, devin aplicabile și reglementările acelei profesii, în special cele care privesc independența, demnitatea, secretul profesional, corectitudinea față de clienți și ceilalți membri ai profesiei²².

Modalitatea deosebită de exprimare a consimțământului, prin intermediul mijloacelor electronice, impune o condiție care decurge din specificitatea *Internetului*. După cum în mod just s-a menționat în doctrină, consimțământul trebuie să fie conștient, în ceea ce privește efectele pe care le produce²³. De regulă, comerciantul transmite un mesaj de genul: „Doriți să primiți reclame în domeniile...?”, cu prezentarea a două căsuțe alăturate: „da” și „nu”, din care una urmează a fi bifată. Ori, nu de puține ori, destinatarul primește mesajul cu căsuța „da” deja bifată. Din neatenție sau ignoranță, destinatarul poate lăsa mesajul neschimbat, caz în care va fi înscris pe lista expeditorului. Este puțin probabil, așa cum s-a arătat²⁴, ca un comerciant să avertizeze, simultan cu solicitarea consimțământului, că acceptarea mesajelor echivalează cu expedieri abundente de reclame.

*Ordonanța Guvernului nr. 130/2000*²⁵ reglementează protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță. În forma inițială, anterior aprobării prin Legea nr. 51/2003²⁶, *Ordonanța* a reglementat sistemul

²¹ Revocarea consimțământului prin mijloace electronice trebuie să-și producă efectele în cel mult 48 de ore de la inițierea procedurii.

²² Parlamentul României, *Lege* (nr. 365 din 7 iunie 2002) *privind comerțul electronic*, ..., art. 6.

²³ A se vedea: Al. Bleoancă, *Comunicările comerciale efectuate prin poșta electronică* (www.legi-internet.ro.).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Guvernul României, *Ordonanță* (nr. 130 din 31 august 2000) *privind regimul juridic al contractelor la distanță*, „M.Of. al României”, Partea I, nr. 431 din 2 septembrie 2000.

²⁶ Parlamentul României, *Lege* (nr. 51 din 21 ianuarie 2003) *pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță*, „M.Of. al României”, Partea I, nr. 57 din 31 ianuarie 2003.

opțiunii de ieșire pentru comunicările comerciale efectuate prin poșta electronică. Redăm succinct câteva prevederi edificatoare ale Ordonanței. Aceasta se aplică încheierii și executării contractelor comerciale la distanță între comercianții care furnizează produse ori servicii și consumatori. Sunt considerate contracte la distanță toate contractele perfectate în cadrul unui sistem de vânzare organizat de comerciant, care utilizează în mod exclusiv, înainte și la încheierea contractului, una sau mai multe tehnici de comunicație la distanță, adică orice mijloc care nu necesită prezența fizică simultană a părților.

Regula aplicabilă rezulta din aplicarea art. 16 coroborat cu art. 15: utilizarea altor tehnici de comunicație individuală la distanță decât automatul de apel și faxul nu este permisă decât dacă există un refuz manifestat de consumator – adică sistemul *option-in*.

Forma inițială a Ordonanței era defectuoasă, iar criticile formulate au fost întemeiate. În primul rând, dispoziția art. 16 conținând o normă specială, derogatorie de la Legea nr. 365/2002, se aplica prioritar (după intrarea în vigoare a Legii comerțului electronic) ori de câte ori subiectele erau comerciantul și consumatorul; scopul actului era furnizarea de servicii sau produse; relația contractuală se derula în cadrul de vânzare organizat de comerciant, prin utilizarea exclusivă a tehnicilor de comunicare la distanță. În practică, sub incidența normei speciale ar fi căzut un număr mare de situații, pentru cel puțin câteva rațiuni: menirea protectoare a textului își pierde valoarea, marea majoritate a potențialilor clienți fiind tocmai consumatorii, nu agenții economici; utilizarea tehnicilor de comunicație la distanță este chiar de natura sistemului reglementat pentru încheierea contractelor; sintagma „sistem de vânzare organizat de comerciant”, fără alte precizări, include o gamă foarte largă de sisteme de vânzare.

Într-o recapitulare, Directiva privind comerțul electronic a permis alegerea, la nivel statal, între sistemul de intrare și sistemul de ieșire. Directiva 58/2000 consacră opțiunea de intrare pentru orice formă de comunicare, inclusiv prin poșta electronică. Legea privind comerțul electronic (normă generală) consacră *option-in*, iar Ordonanța nr. 130/2000 (norma derogatorie, care tindea să devină în practică norma generală) statua *option-out*. Se impunea, pe bună dreptate, recorelarea dispozițiilor din dreptul nostru, pentru eliminarea soluțiilor interne diametral opuse și eficientizarea aplicării acestei legislații în spațiul virtual.

Legea nr.51/2003 a adus modificările așteptate. Articolul care enumera limitativ tehnicile de comunicație la distanță care mijlocesc încheierea contractelor a fost completat cu poșta electronică. Pe cale de consecință, art. 16 nu va mai exclude e-mailul de la cerința prealabilă a consimțământului expres al consumatorului.

5.3. REGIMUL APLICABIL. NORME GENERALE, NORME SPECIALE

Avem, la ora actuală, dispoziții privind comunicările comerciale nu numai la nivel comunitar, dar și în legislația internă. *Spamming*-ul, înțeles ca expediere masivă a mesajelor nesolicitate, este în afara legii. Efectuarea comunicărilor

comerciale în sistemul *opt-out* nu reprezintă un serviciu al societății informaționale, întrucât nu are loc la cererea individuală a destinatarului.

Răspunderea expeditorului are regim diferit²⁷, după cum acesta este furnizor de servicii și este stabilit într-o țară care a adoptat *option-in* sau *option-out*²⁸.

Dacă furnizorul de servicii are sediul în România (art. 3 alin. 2 pct. a din Legea nr. 365/2002), acestuia i se aplică legea română. În condițiile art. 22 din aceeași lege, fapta de a expedia mesaje în absența acordului prealabil și expres al destinatarului va fi contravenție sau, după caz, infracțiune.

În ipoteza unui furnizor cu sediul într-o țară membră a Uniunii Europene (art. 3 alin. 2 pct. b) care a adoptat sistemul opțiunii de intrare, fapta va antrena răspunderea față de destinatarul român. Situația va fi net dezavantajoasă pentru consumatorul român, dacă țara în cauză aplică sistemul opțiunii de ieșire. Expedierea mesajelor va rămâne licită, atâta timp cât destinatarul nu solicită radierea sa de pe lista furnizorului expeditor.

6. PROBLEMA RESPONSABILITĂȚII ÎN ALTE SISTEME DE DREPT

Utilizarea *spamm*-ului atrage responsabilitatea autorului. Regimurile aplicabile diferă, mai ales în sistemele de drept care nu conțin dispoziții exprese cu privire la *spamm*. Confruntate cu această problemă, instanțele de judecată și-au fundamentat hotărârile în mod diferit.

6.1. VIOLAREA NETIQUETTE SAU A DISPOZIȚIILOR LEGII CIVILE

În unele cazuri, instanțele au considerat că expedierea mesajelor nesolicitate a încălcat regulile bune conduite pe *Internet* și au dispus rezilierea contractelor prin care se furnizează accesul la rețeaua *Internet*. În speță, unul dintre abonații serviciului Wanadoo, care a utilizat *spamm*-ul în cadrul forumului de discuții, a considerat abuzivă rezilierea contractului de acces pentru acest motiv. Tribunalul de mare instanță Rochefort-sur-Mer (28 februarie 2001)²⁹ a confirmat măsura luată de furnizor și a invocat în motivare regulile de conduită pe *Internet*, cunoscute sub denumirea de *netiquette*. Din perspectiva legislației franceze, *netiquette* este un ansamblu de reguli impuse prin practica îndelungată a *internauților*, fără a fi însă transpusă în norme juridice. Având la îndemână un aviz al unui organ de specialitate și avizul președintelui *Internet Society*, instanța a constatat existența unei cutume – sursă de drept, potrivit căreia *spamm*-ul este interzis.

²⁷ Pe teritoriul țării noastre se aplică Regulamentul Băncii Naționale a României tuturor tranzacțiilor efectuate prin mijloace de plată electronice și relațiilor dintre participanții la astfel de tranzacții.

²⁸ Pentru explicații detaliate, a se vedea: A. Bleoancă, *op. cit.*

²⁹ Hotărârea este disponibilă la adresa www.juriscom.net.

Într-o cauză asemănătoare³⁰, motivarea blocării accesului la rețea s-a întemeiat nu numai pe violarea unei cutume, dar și pe nerespectarea obligațiilor contractuale, fiind prohibită în mod expres trimiterea mesajelor nesolicitate: „Având în vedere că *spamming*-ul constă în trimiterea de mesaje ce nu au fost cerute de către destinatari. Având în vedere că P. V. a folosit manifest și repetitiv această tehnică; că făcând aceasta, a perturbat în mod grav echilibrele rețelei, provocând numeroase reacții din partea internautilor nemulțumiți, cărora mesageriile le erau supraîncărcate și care erau constrânși să șteargă mesajele nesolicitate suportând costurile și neplăcerile acestei operațiuni. Având în vedere că practica *spamming*-ului, considerată în mediul internetului ca o practică neloială și grav perturbatoare, este contrară dispozițiilor cartei bune conduite. Având în vedere că, în pofida extrem de numeroaselor rapeluri asupra condițiilor de utilizare accesului la internet, reclamantul a perseverat în acțiunea sa. Având în vedere că pârâtele aveau temei să-i taie accesul la internet, simplă consecință a nerespectării obligațiilor sale contractuale [...]. Din aceste motive, [...] declarăm întemeiată în drept decizia societăților pârâte de a suprima accesul la internet ce-l acordaseră reclamantului”³¹.

Rezolvarea contractuală a posibilității de a utiliza *spam*-ul este indicată, întrucât este de natură a orienta opțiunea utilizatorilor spre unul sau altul dintre furnizorii de acces, după cum aceștia permit sau nu procedeul respectiv³².

În unele situații, instanțele au reținut exclusiv încălcarea contractului și au dispus rezilierea de drept și fără punere în întârziere. În plus, au considerat că utilizarea *spam*-ului a fost de natură să afecteze imaginea firmelor și au obligat autorul la despăgubiri.

În cursul anului 2003, companiile Microsoft și A.O.L. au primit numeroase plângeri, în care *internații* sesizau faptul că au primit mesaje nesolicitate în cutiile poștale electronice de la persoane cu conturi deschise pe *Hotmail*. Ori, contractele on-line încheiate între Microsoft și utilizatori prevedeau în mod expres că mesageria electronică era de uz strict personal, iar *spam*-ul era interzis. Îndreptându-și acțiunea împotriva numitului K., reclamantele au solicitat obligarea acestuia la plata sumei de 50 000 de euro cu titlu de daune-interese, din care 15 000 de euro prejudiciu material (respectiv cheltuielile pentru mobilizarea resurselor financiare și umane necesare reprimării *spam*-ului și 35 000 de euro pentru indemnizarea atingerii aduse dreptului la imagine.

³⁰ Tribunal de grande instance de Paris, speța *P. V. c/Sté Liberty Surf et Sté Free*, 15 janvier 2002.

³¹ Selecție și traducere Mircea Dan Bocșan, „Pandectele Române”, nr. 4, 2002, p. 153.

³² În temeiul §823 din Codul civil german, s-a reținut răspunderea civilă delictuală pentru trimiterea mesajelor publicitare nesolicitate prin e-mail (a se vedea: *Jurisprudență străină*, „Pandectele Române”, nr. 2, 2001, p. 200).

Instanța a constatat că dosarul nu conține elemente care să permită evaluarea prejudiciului, dar a apreciat, pe de altă parte, că acesta nu poate rămâne neindemnizat. Prin urmare, l-a obligat pe K. (de altfel, acesta a recunoscut fapta) să achite celor două companii 5 000 de euro pentru lezarea imaginii acestora, cu precădere pentru atingerea credibilității și reputației în fața utilizatorilor³³.

6.2. APLICAREA ALTOR DISPOZIȚII LEGALE

În alte cazuri, instanțele au apelat la prevederile specifice materiei proprietății intelectuale. Tribunalul de mare instanță din Paris a reținut încălcarea art. 716-6 din Codul proprietății intelectuale, în situația utilizării mărcii *Hotmail* ca extindere a adresei electronice de pe care s-a expediat *spam*-ul³⁴.

Codul penal francez a receptat dispozițiile Legii din 6 ianuarie 1978 (cunoscută sub denumirea „Legea informatică și libertăți”) referitoare la prelucrarea automatizată a datelor fără avizul Comisiei Naționale pentru Informatică și Libertăți, lipsa informării utilizatorului la momentul colectării, lipsa acordului la prelucrare. Adresa electronică permite identificarea titularului și intră în sfera de aplicare a legii menționate. T. Q. a formulat plângere penală, întrucât adresa electronică a fost colectată, fără acordul său, de pe un forum de discuții și a fost ulterior transmisă, contra cost, unui site care stoca adrese. În speță, partea civilă a primit mesaje nesolicitate, care făceau publicitate unui site cu caracter pornografic. Instanța a dispus condamnarea autorului *spam*-ului pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art. 226-16 din Codul penal francez (prelucrarea datelor fără declarație prealabilă) la 3 000 de euro amendă penală și 1 000 de euro despăgubiri. Judecătorul nu a reținut infracțiunea de colectare neautorizată prevăzută de art. 226-18 din Cod³⁵.

Tot în temeiul Codului penal francez, instanțele franceze au condamnat persoana care a folosit tehnica *spamming*-ului, cu consecința blocării poștei electronice a internauților. Pedepsa de 4 luni închisoare și obligarea la plata sumei de 20 000 de euro daune-interese³⁶ au dat satisfacției victimei infracțiunii prevăzute de art. 323-2 din Codul penal.

În temeiul aceluiași text de lege și în baza art. 323-1 Cod penal francez a fost aplicată o pedeapsă mai grea autorului unui *spam*, pentru perturbarea sistemului de prelucrare automată a datelor prin blocarea mesageriei și pentru accesul neautorizat la sistemele de informație prin falsificarea unor adrese e-mail³⁷.

³³ Cauza a fost judecată de Tribunalul de comerț din Paris la data de 5 mai 2004.

³⁴ *Microsoft c/ Enov Developpement*, 5 mai 2004 (www.juriscom.net).

³⁵ *Ministère Public et Monsieur T. Q. c/ Monsieur R. G. V.* (www.juriscom.net).

³⁶ A se vedea locația www.foruminternet.org, speța *Monsieur P. P. c/ Société Lyonnaise Communications* (Tribunal de grande instance de Paris, 24 mai 2002).

³⁷ Cauza *S. et N. c/ L.*, Tribunal de grande instance de Mans, 7 novembre 2003 (www.juriscom.net).

Indiferent de temeiul juridic la care s-a recurs, jurisprudența a confirmat, alături de doctrină, că intruziunile în intimitatea virtuală îmbracă forme specifice de manifestare. Reglementările naționale în materie s-au conturat deja, în consonanță cu *Directivele comunitare* corespondente. Traducerea riguroasă în practică a legislației române recente în privința *spamm*-ului va fi în măsură să ofere utilizatorilor Internet posibilități reale de evitare a situațiilor prejudiciabile.