

E - Mailing - sposób na zdobycie lojalnego klienta?

Katarzyna Medyk

aplikant sądowy w Sądzie Okręgowym we Wrocławiu

Cały czas zmienia się oblicze reklamy. Coraz częściej reklamodawcy koncentrują się na poprawieniu komunikacji pomiędzy firmą a klientem oraz zdobyciu lojalności klienta. Lojalności, którą można łatwo przełożyć na korzyści finansowe, a której nie można kupić oferując darmową próbkę produktu. Lojalny klient jest bardziej skłonny do zakupów, jest również mniej wrażliwy na cenę. Wreszcie poleca konkretną ofertę innym, pracując tym samym nad wizerunkiem firmy. Czy swoje oblicze zmienia również reklama w sieci?

Reklama w Internecie różni się w zasadniczy sposób od reklamy tradycyjnej, co wynika głównie z odmienności samego Internetu jako medium¹.

Prasa, radio, telewizja, są to media typu push (ang. push - popychać), ponieważ „podsuwają” czy też „wpychają” odbiorcy określoną dawkę informacji. Cechą najbardziej typową dla tego rodzaju mediów jest fakt, że przekaz reklamowy dystrybuowany jest do biernego odbiorcy.

Natomiast Internet uznawany jest za medium typu pull(ang. pull - ciągnąć)². Jest to medium - wybieralne, świadome, interaktywne, wielopłaszczyznowe i syntezowe. Jego interaktywność i wielopłaszczyznowość sprawia, że na każdej płaszczyźnie kontaktu wpływ reklamy na odbiorcę jest inny. Zjawisko to określa się mianem „oddziaływania wrotowego”. Internauta wychodzi od ogółu, aby - za kolejnymi wrotami - wgłębiać się w szczegóły. Najważniejsza i najbardziej ogólna jest pierwsza płaszczyzna, która determinuje następne kontakty z reklamą. Kolejne komunikaty zachęcają do interakcji, po której odbiorca przekracza kolejne wrota by tam spotkać się z innymi odpowiednio skonstruowanymi informacjami. Każde następne wrota mają charakter coraz bardziej informacyjny i szczegółowy. Reklama w Internecie mówi do odbiorcy „ sam decydujesz, jak dokładnie mnie poznasz”³.

¹ J. Konikowski, ABC reklamy on - line, Internet 2/99, s.54

² J.Batra, R. Markiewicz, Internet a prawo, Kraków 1998, s.34

³ Maciej Musiał, Anna Gołębiccka „ Internet wymagające medium” Internet11/03, s.58

Do niedawna efektywność internetowych kampanii reklamowych postrzegana była wyłącznie z punktu widzenia marketingu bezpośredniego. Podstawą takich kampanii jest skłonienie internaty do natychmiastowej reakcji tj. wykonania czynności, na której zależy reklamodawcy: odwiedzenia strony WWW (generowanie ruchu), zarejestrowania się w formularzu albo dokonania zakupu.

W tym celu doskonalono metody tworzenia „klikalnych” bannerów⁴: statycznych, tradycyjnych odnośników do określonej strony WWW,⁵ animowanych, keyword bannerów, czy też bannerów interaktywnych, stymulujących działania oglądającego. Służyć temu miały również pop - up windows, oddzielne, niewielkich rozmiarów okna lub screeny wyświetlane po kliknięciu na banner, mogące stanowić niekiedy autonomiczne strony⁶.

Efekt direct response⁷ miały także zapewnić shaped pop – up'y - okienka z reklamą o dowolnym kształcie, ukazujące się nad przeglądaną stroną, webformercials, przyrównywane do bannerów interaktywnych, czy też drobne ogłoszenia (ang. classifieds), krótkie informacje zamieszczane w ramach danej kategorii tematycznej w wydzielanych zasobach danego serwisu⁸.

Skuteczność reklamy nastawionej na reakcję bezpośrednią mierzona jest m.in. wskaźnikiem CTR (określającym stosunek bannerów „klikniętych” do wyświetlonych). Obecnie w reklamie internetowej ciągle obserwuje się spadek wskaźnika CTR, najniższy występuje w przypadku klasycznych bannerów(około 0,5 %), zdecydowanie najwyższy można zaś osiągnąć przy użyciu e - mail - poczty elektronicznej(nawet około 15 %). Wraz ze spadkiem wartości CTR wzrasta jednocześnie wartość wskaźnika VTR (view trough rate: liczba wejść na adres url reklamodawcy w wyniku kontaktu z reklamą w okresie 30 dni).

Spadek „klikalności” reklam spowodował, że Internet jako medium reklamowe, zaczęło wychodzić poza ramy szybkiej sprzedaży. Zapoczątkowało to szereg działań reklamodawców w kierunku zwiększenia świadomości marki czy też odświeżenia jej wizerunku wśród internautów⁹.

Tak pojawiły się kampanie brandingowe.

Branding

„Branding oznacza zainspirowanie ludzi, by myśleli lub czuli to, co chcemy w związku z naszym produktem, tak by przełożyło się to w przyszłości na wzrost sprzedaży tego produktu

⁴ od ang. banner - transparent.

⁵ J. Konikowski, ABC reklamy on - line, Internet 4/99, s.66

⁶ J. Konikowski, ABC reklamy on - line, Nie tylko banery, Internet 5/99, s.62

⁷ od ang. direct response - bezpośrednia reakcja

⁸ T.Bienias, reklama - drzwi do Internetu, Gazeta Wyborcza, 8.03.99, s.27

⁹ Maciej Musiał, Anna Gołębiccka, Internet -wymagające medium, Internet 11/03, s.57

bądź lojalności użytkownika”¹⁰. Istotą kampanii brandingowych jest rozłożone w czasie budowanie i wzmacnianie pozycji danej marki, a nie krótkoterminowe stymulowanie wzrostu sprzedaży. Jest to szczególnie ważne, gdy konsumentom brakuje informacji pozwalającej ocenić poszczególne oferty bądź, gdy nie są oni w stanie zanalizować informacji, z powodu panującego w Internecie chaosu informacyjnego¹¹. Doskonałym dla reklamodawców narzędziem brandingowym jest e - mailing¹².

E - mail

E - mail to skrót od ang. electronic mail, czyli poczta elektroniczna a e - mail reklamowy to nic innego jak pewna treść reklamowa w formie tekstowej lub graficznej, przekazywana za pomocą poczty elektronicznej¹³. Obecnie e - mail jest drugą po WWW najczęściej używaną usługą w Internecie¹⁴. W tej chwili ponad 60 proc. internautów używa poczty elektronicznej. W każdym miesiącu korzysta z niego prawie 4 mln osób¹⁵. Wiele firm badawczych twierdzi, że to właśnie e - mailing jest najskuteczniejszym i najtańszym narzędziem reklamy w Internecie. Nie powinno to nikogo dziwić, biorąc pod uwagę łatwość korzystania z poczty elektronicznej, niski koszt i szybkość e - maili¹⁶.

Reklama przez e - mail oferuje reklamodawców wiele możliwości, które mogą przybrać najróżniejsze formy.

Formy e-maila

Jedną z nich jest e - zin (skrót od electronic magazine) - prasa ukazująca się w wersji elektronicznej. Często do tych elektronicznych wydań gazety dołączane są z inicjatywy i na koszt reklamodawców reklamy¹⁷.

E - maile mogą mieć też postać newslettera (news – wiadomość, letter - list) jest to rodzaj biuletynu skierowanego do kręgu klientów lub potencjalnych klientów.¹⁷ Mogą one zachęcać i przypominać subskrybentów do powtórnego odwiedzania strony WWW danego przedsiębiorcy, informować o swoich produktach, budować lojalność wśród istniejących klientów.

Obecnie reklamodawcy wykorzystują najczęściej proste mailingi HTML- owe oraz mailingi wykorzystujące technologię Flash¹⁸ (animacja, humor, komiks, interaktywność, film, wizualizacja, muzyka, gry).

¹⁰ Maciej Musiał, Częstotliwość i zasięg w nowych mediach, Internet 9/03, s.47

¹¹ Maciej Musiał, Wyjść poza CTR, Marketing w Praktyce 8/02, s.45

¹² Piotr Poznański, Swot dla e - mailingu, Marketing w Praktyce 11/03, s. 56

¹³ Agnieszka Lizon, E - mailing zasługuje na budżet, Marketing w Praktyce 10/03, s.51

¹⁴ J.Konikowski, Poczta elektroniczna jako narzędzie promocji, WWW 7/98, s.40

¹⁵ Agnieszka Lizon, E- mailing zasługuje na budżet, Marketing w Praktyce 10/03 s.51

¹⁶ Piotr Poznański, Swot dla e - mailingu, Marketing w Praktyce 11/03, s.54

¹⁷ J. Konikowski, Lista Dystrybucyjna, Narzędzi e - marketing, Internet 5/98, s.64

¹⁸ Piotr Poznański, Swot dla e - mailingu, Marketing w Praktyce 11/03, s. 56

Zaimplementowanie w ostatnim czasie w programach pocztowych standardów właściwych do tej pory jedynie dla WWW, które pozwalają na zamieszczanie animacji, dźwięków i obrazów bezpośrednio w treści wiadomości, spowodowało niemalże zatarcie granicy między statycznością serwisów WWW a przemieszczającymi się wiadomościami e - mail¹⁹. Tak atrakcyjna forma prezentacji przekazu reklamowego jest nieocenionym dla reklamodawcy narzędziem zwiększającym świadomość marki wśród odbiorców.

Aby w ogóle rozpocząć dialog z internautą, a potem móc go kontynuować reklamodawca w pierwszej kolejności musi uzyskać jego zgodę na przesłanie reklamy poprzez e-mail.

Szereg istotnych regulacji w tej materii zawiera ustawa z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. nr 144, poz.1024), która weszła w życie w dniu 10 marca 2003r., będąca wynikiem prac dostosowywania polskiego prawa do obowiązujących w Unii Europejskiej regulacji, w szczególności dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady Unii Europejskiej nr 2000/31 z dnia 8 czerwca 2000r. (dyrektywa o handlu elektronicznym) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady Unii Europejskiej nr 2002/05 z dnia 12 lipca 2002r. (dyrektywa w sprawie przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej). Ustawa ta dostosowuje nasze przepisy do rozwiązań unijnych i ma ucywilizować komunikację elektroniczną. Ustawa ta dotyczy tylko usług świadczonych przez publiczne sieci telekomunikacyjne. Nie podlegają jej usługi świadczone przez wewnętrzne sieci, jak np. intranet. W szczególności dotyczy usług umożliwiających zawieranie umów sprzedaży, przekazywanie reklamy czy informacji handlowej.

Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 tej ustawy zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ze względu na powyższy zakaz kluczowe znaczenie dla reklamodawcy odgrywa pojęcie informacji handlowej oraz reklamy.

Informacja handlowa

W praktyce istnieją bardzo duże trudności w przeprowadzaniu dystynkcji między reklamą a informacją handlową. Powszechnie przyjmuje się, iż rozpowszechniona wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru. Zasadniczym kryterium weryfikacji, czy w konkretnym przypadku istniał taki zamiar i jakie jest jego znaczenie w całości danej wypowiedzi, jest opinia przeciętnego odbiorcy. W toku obiektywizacji

¹⁹ Andrzej Krakowski Czarny koń marketingu? Modern Marketing 4/2001r s.

indywidualnych odczuć przeciętnego odbiorcy bierze się pod uwagę treść wypowiedzi, język, formę, nośnik wypowiedzi. Dodatkowym argumentem potwierdzającym, że wypowiedź jest reklamą, może być odpłatność oraz fakt, że pochodzi ona od przedsiębiorcy²⁰.

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną wprowadziła własną definicję informacji handlowej.

Według brzmienia art. 2 ust.2 tejże ustawy informacja handlowa to każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.

Informacja może zatem być uznana za handlową, gdy jest przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku określonych podmiotów.

Promocja (promoteo - od łac. poruszać na przód)w rozumieniu marketingowym jest sposobem komunikowania się między producentem a sprzedawcą, nabywcą, konsumentem i społeczeństwem, mającym na celu oddziaływanie na postawy i zachowania w stosunku do produktu, firmy lub znaku firmowego²¹. Promocja jest takim sposobem komunikowania się, który ma przyczynić się do zwiększenia popytu na wyroby lub usługi przedsiębiorstwa, jest zatem procesem, który wpływa na potencjalnego klienta²². To także „ różnego rodzaju środki mające pośrednio(za pomocą opisów, wizerunków) lub bezpośrednio (w naturze) przybliżyć ludziom towary, usługi, koncepcje albo idee, które mają być upowszechniane w społeczeństwie. Przybliżenie te realizuje się natomiast za pomocą informowania, przekonywania lub przypominania, a także demonstrowania.

Zdaniem M. Gajlewicza promocja jest pojęciem szerszym, zawierającym w sobie reklamę, promocję sprzedaży oraz public relations .

Promocja on - line ma na celu przede wszystkim wzbudzenie świadomości nowej witryny oraz stymulowanie liczby jej odwiedzin²³.

Wyłączenia

²⁰ R. Skubisz Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz pod red.J.Szwaji, Warszawa 2000r.str. 421.

²¹ B. Dobiegała - Korona, Kompozycja promocji, Centrum Informacji Menadzera, Warszawa 1997, s.18

²² por. P.Kotler, Marketing, Warszawa 1999,

²³ M. Gajlewicz, Internet jako medium reklamowe, Internet - praca zbiorowa pod red. R. Skubisza, Lublin 1998r, s.66

Zgodnie z niniejszą ustawą z pojęcia informacji handlowej wyłączone są informacje nadające się do promocji w sposób bezpośredni lub pośredni wizerunku podmiotów innych niż przedsiębiorcy lub osoby wykonujące zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach.

Wyłączone są też informacje umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą. Sformułowanie „umożliwiający” odczytywać należy jako „stwarzający warunki do” i wiązać je należy z definicją adresu elektronicznego²⁴. Dlatego też wyłączona z tego pojęcia jest np. informacja, jaka pozwala na bezpośredni dostęp do działalności firmy, organizacji, czy osoby fizycznej, a w szczególności nazwa domeny internetowej lub adres elektroniczny. Wydaje się, że może to dotyczyć również takich informacji, które przykładowo znajdują się w nagłówkach poczty elektronicznej, a wskazują na pewne dane dotyczące listów, adresów odbiorcy i nadawcy, informacje na temat programu, za pomocą którego wygenerowano przesyłkę.

Niniejsza ustawa wyklucza również z pojęcia informacji handlowej informacje o towarach i usługach nie służące osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi. Należy też mieć na uwadze, iż nie zamówiona informacja handlowa skierowana do oznaczonego odbiorcy za pomocą innych środków niż środki komunikacji elektronicznej nie będzie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji w świetle zakazu przewidzianego w art.10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Forma i elementy informacji handlowej

Istotne znaczenie dla reklamodawcy ma stosunek definicji pojęcia informacja handlowa przewidzianej w art. 2 ust.2 do treści art.9 ust.1 „ informacja handlowa jest wyraźnie wyodrębniona i oznaczona w sposób nie budzący wątpliwości, że jest to informacja handlowa”.

Kolejny ustęp art. 9 określa warunki, jakie musi zawierać informacja handlowa: oznaczenie podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, oraz jego adresy elektroniczne, wyraźny opis form działalności promocyjnej, w szczególności obniżek cen, nieodpłatnych świadczeń pieniężnych lub rzeczowych i innych korzyści związanych z promowanym towarem, usługą lub wizerunkiem, jednoznaczne określenie warunków niezbędnych do skorzystania z tych korzyści, o ile są one składnikiem oferty, wszelkie informacje,

²⁴ Por Piotr Wagłowski, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji, s.8 [w] A. Tubielewicz (red) Problemy Informatyki w zarządzaniu, Wydział Zarządzania i Ekonomii Politechniki Gdańskiej; ISDN: 83-88617-80-X, 2003, Gdańsk, str.83-108

które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron, w szczególności ostrzeżenia i zastrzeżenia.

Należy w tym miejscu tylko zasygnalizować, iż niniejsza ustawa nie przewiduje sankcji dotyczących niezachowania formy prezentowanej informacji handlowej lub braku pewnych elementów tej informacji, o której mówi art.9 ust.2²⁵.

Reklama

Definicję reklamy zawiera ustawa z dnia 29 grudnia 1992r.o radiofonii i telewizji. Zgodnie z art.4 pkt 6 tej ustawy reklamą jest „ każdy przekaz zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei do osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub za inną formą wynagrodzenia”.

Natomiast reklamą w ujęciu dyrektywy nr 84/450/EWG z 10.09.1984r w sprawie reklamy wprowadzającej w błąd zmienionej dyrektywą nr 97/55/WE z 6.10.1997r. w celu uwzględnienia reklamy porównawczej jest każda wypowiedź związana z wykonywaniem handlu, rzemiosła, prowadzeniem przedsiębiorstwa albo wykonywaniem wolnego zawodu, która ma na celu wspieranie zbytu towarów lub wykonywania usług, włączając w to nieruchomości, prawa lub zobowiązania.

Odrębne definicje reklamy wprowadza m.in. ustawa o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych z dnia 9 listopada 1995r., ustawa z dnia 26 października 1982r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Konwencja o telewizji ponadgranicznej, dyrektywa nr 89/552/EWG o działalności telewizyjnej, ustawa z dnia 29.07.1992r. o grach losowych i zakładach.

Reklama może być definiowana w znaczeniu szerokim lub wąskim.

W szerokim rozumieniu obejmuje reklamę polityczną, społeczną, gospodarczą (komercyjną) oraz wszelkie wypowiedzi, które wywołują w obszarze gospodarki skutek zbliżony do reklamy gospodarczej. Reklama w wąskim znaczeniu jest reklamą gospodarczą.

Wszystkie definicje zawierają te same elementy: reklama jest wypowiedzią (działaniem) dotyczącą towarów(usług), wyrażającą zachętę do nabywania tych towarów (usług).

W definicji reklamy występują dwa elementy- informacja o towarze (usłudze) oraz zachęta do jej nabycia lub innego odpłatnego wykorzystania. Informacja o towarze nie wymaga by był on wymieniony czy też pokazany, w takim przypadku na podstawie całego kontekstu

²⁵ Piotr Waglowski Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji op. cit.

wypowiedzi adresat dowiadyuje się, jakiego dobra dotyczy przekaz reklamy. Drugi składnik reklamy to zachęta, która może być bardzo zróżnicowana, od subtelnej do wyraźnej perswazji²⁶.

Z powyższego wynika, iż informacja handlowa w rozumieniu art. 9 ust.2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną jest pojęciem węższym od reklamy. Tylko reklama, która zawiera elementy określone w art.9 ust.2 tej ustawy, jest informacją handlową.

Nie zamówiona informacji handlowej jako czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z treścią art. 10 ust.1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną przesyłanie nie zamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast według tej ostatniej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z brzmieniem art.3 ust.1 tej ustawy dla uznania, danego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji trzeba wykazać, że są spełnione następujące przesłanki: bezprawność, zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związek z działalnością gospodarczą. W dalszej kolejności w ustawie ustawodawca wymienił nazwane czyny nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 10 ust.1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie wskazuje wyraźnie, że chodzi o czyn nieuczciwej konkurencji w ujęciu art.16 ust.1 pkt.5 -czyli reklamę stanowiącą ingerencję w sferę prywatności.

Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z brzmieniem art.16 ust.1 pkt.5 jest reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów lub nadużywanie środków przekazu informacji.

To czy ustawodawca w przypadku nie zamówionej informacji handlowej miał na myśli reklamę stanowiącą ingerencję w sferę prywatności w ujęciu art.16 ust.1 pkt.5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma istotne znaczenie z uwagi na kryterium uciążliwości reklamy.

Reklama „uciążliwa”

²⁶ R. Skubisz op.cit. s. 421

Aby można było uznać reklamę wykorzystującą e-mail jako nośnik za uciążliwą, konieczne jest ustalenie, czy doszło do istotnej ingerencji w sferę prywatności odbiorcy.

Za istotną ingerencję w sferę życia prywatnego, zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem, można uznać przesłanie na konto użytkownika, bez jego zgody, e-maila z tym samym przekazem reklamowym w krótkich odstępach czasu²⁷.

Gdybyśmy przyjęli, iż przesłanie nie zamówionej informacji handlowej należy odnosić wprost do art.16 ust.1 pkt.5, to dopiero drugi e - mail, przy uwzględnieniu tak rozumianego kryterium uciążliwości reklamy, mógłby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Wtedy ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie wprowadzałaby w tym zakresie żadnych zmian. Dotychczas także dopiero powtórnie przesłana nie zamówiona informacja handlowa w formie reklamy mogła stanowić delikt nieuczciwej konkurencji.

Wydaje się, iż już przez wprowadzenie ustawowego zakazu przesłania nie zamówionej informacji handlowej ustawodawca przesądził o uciążliwości tego typu działań, jako istotnie ingerujących w sferę prywatności odbiorcy.

Z tych też względów już jednokrotne przesłanie nie zamówionej informacji handlowej w formie o jakiej mówi art. 10 ust.1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną powinno się traktować, jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Nowy delikt nieuczciwej konkurencji ?

Wszystko wskazuje na to, że przesyłanie przez reklamodawcę niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej, stanowi nowy delikt nieuczciwej konkurencji, uzupełnienie nazwanych(na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) czynów nieuczciwej konkurencji.

Wydaje się, iż znalazł się on w przepisach odrębnych ze względu na szereg definicji przewidzianych w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, do których odwołuje. Należy jednak pamiętać, aby za każdym razem odwoływać się do klauzuli generalnej przewidzianej w art.3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dla oceny czy w danym przypadku jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, oraz czy zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a także czy miał miejsce w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej²⁸.

²⁷ Por Piotr Wąglowski Spam w formie nie zamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji op.cit

²⁸ E. Nowińska, Nieuczciwa reklama w Internecie- problemy prawne, Internet - problemy prawne, praca zbiorowa pod red. R. Skubisza, Lublin 1999, s.55

Reasumując niniejsze spostrzeżenia przyjąć należałoby, iż już na pierwsze przesłanie reklamy w formie e-maila, spełniającej kryteria informacji handlowej, w myśl ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną reklamodawca musi uzyskać zgodę od odbiorcy, natomiast dla przesłania reklamy która nie jest informacją handlową, pozyskanie zgody odbiorcy potrzebne jest dopiero przy drugiej przesyłce, zgodnie z art. 16 ust.1 pkt.5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgoda na otrzymywanie informacji

Przepis art. 10 ust.2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną przewiduje, iż informację handlową uważa się za zamówioną, jeżeli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny.

Do zgody odbiorcy nie mają zastosowania przepisy, które ustawa przewiduje w stosunku do zgody usługobiorcy(art.4 ust.1 oraz 2) dlatego przyjąć należy, iż zgoda odbiorcy nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści oraz, że może być odwołana w każdym czasie. Z takich samych powodów również w milczeniu odbiorcy nie można upatrywać dorozumianej jego zgody na przesłanie informacji handlowej.

Przyjmuje się, iż nie jest zgodą umieszczenie na stronie adresu poczty elektronicznej bez klauzuli zgody na otrzymanie informacji handlowej. Nie było by również wyrażeniem takiej zgody umieszczenie adresu poczty elektronicznej nawet zaopatrzonego klauzulą zgody, w przypadku, gdy umieściła je na stronie internetowej osoba, która nie jest do tego upoważniona., czyli bez zgody przyszłego odbiorcy.

Podobnie zgoda jest wykluczona, gdy zastosuje się mechanizm automatycznej odpowiedzi generowanej przez program poczty elektronicznej²⁹.

Formy uzyskania zgody odbiorcy

W praktyce pozyskanie zgody odbiorcy na przesyłanie reklamy w formie e-maila odbywa się głównie na dwóch płaszczyznach: przy wykorzystaniu serwisów bezpłatnej poczty e-mail oraz własnej bazy adresów użytkowników, którzy zarejestrowali się na serwisie lub zasubskrybowali newsletter.

Serwisy bezpłatnej poczty e-mail

W pierwszym przypadku przy zakładaniu bezpłatnego konta e-mail na danym serwisie użytkownik wyraża zgodę na otrzymywanie komercyjnych e-maili w zamian za dostęp do usługi. W ten sposób wysyłana reklama stwarza możliwość dotarcia do określonej grupy docelowej

²⁹ Po Piotr Waglowski Spam w formie nie zamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji op.cit.

użytkowników(dzięki danym demograficznym, geograficznym, społeczno -ekonomicznym, jakimi dysponują portale) a także określenia skuteczności przesłanej reklamy. Zaraz po wysyłce reklamy serwisy przesyłają raport z liczby wysłanych e-maili oraz liczby „kliknięć” na wysłany mailing.

Własna bazy adresów użytkowników

Natomiast przesyłanie e-maili reklamowych na własną bazę danych jest dużo kosztowniejsza, ponieważ pociąga za sobą koszty budowy samej bazy adresów, do których dochodzi koszt stworzenia odpowiedniej aplikacji rejestracyjnej i aplikacji rozsyłającej e-maile, czy też koszt związany z utrzymywaniem bazy danych osobowych(umieszczenia strony na serwerze z odpowiednim szyfrowaniem i zabezpieczeniami oraz zgłoszenie zbieranej bazy do Głównego Inspektoratu Ochrony Danych Osobowych w przypadku, gdy zbiera się adresy e-mail w połączeniu z innymi danymi osobowymi.)³⁰

Z tych też przyczyn reklamodawcy często decydują się na zakup tzw. listy dystrybucyjnej, czyli listy przekazu reklamowego, a to już może wiązać się z problemem nielegalności uzyskania tych adresów.

Biuletyn firmowy

Jednym ze sposobów budowy własnej bazy danych jest stworzenie biuletynu firmowego (newslettera) o charakterze informacyjnym. Każdy internauta, który chce wpisać się do newslettera jest bardzo wyraźnie proszony o zgodę na komunikację. Zapobiega to zapisywaniu się na newsletter przypadkowych osób. Po podaniu adresu e- mailowego reklamodawca otrzymuje e-mail z prośbą o autoryzację.

Konkursy i programy lojalnościowe.

Inną formą pozyskiwania zgody na przesyłanie reklamy e-mailowej są konkursy i programy lojalnościowe. Najprostszą formą działań lojalnościowych jest umieszczenie na serwisie różnych interaktywnych gadżetów, jak np. wygaszacie, czy kalkulatory³¹.

Identyfikacja osób wyrażających zgodę

Zasadnicza wątpliwość, jaka może się pojawić przy pozyskiwaniu przyzwolenia na reklamę w formie e-maila, dotyczyć może uzyskania pewności, czy oświadczenie woli w konkretnym przypadku faktycznie pochodzi od składającej jej osoby. Treść art.78§2k.c. przesądza o tym, że wykorzystywanie bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowalnego

³⁰ Agnieszka Lizon E-mailig zasługuje na budżet,, Marketing w Praktyce 10/03 s.51

³¹ Maciej Musiał Przyzwolenie wzmacnia więź z klientem, Marketing w Praktyce 1/03 s.54

za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu wątpliwość taką usuwa, skoro zrównuje tak złożone oświadczenie woli z oświadczeniem składanym w formie pisemnej, co łączyć się musi z identyfikacją podmiotu, który w ten sposób wyraża. Jednakże należy zauważyć, iż w praktyce taka forma identyfikacji niewątpliwie rzadko jest wymagana i wykorzystywana przez samych reklamodawców. Dlatego taka identyfikacja powinna mieć miejsce także w odniesieniu do oświadczeń woli składanych w postaci elektronicznej, które bezpiecznym podpisem nie są opatrzone. Ustalenie osoby, która wyraża zgodę na e-mailing jest konieczne, aby móc stwierdzić czy doszło w ogóle do złożenia takich oświadczeń woli, czy wola ta wyrażona była w sposób zrozumiały, swobodny i stanowczy, tak by w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić zamiar wywołania określonych skutków prawnych.

W przypadku elektronicznych oświadczeń woli, które nie są opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, identyfikacja podmiotu składającego to oświadczenie oraz stwierdzenie rzeczywistej woli wywołania w ten sposób skutków prawnych są bardzo trudne. W praktyce stosowane są najczęściej wyżej zaprezentowane rozwiązania, sprowadzające się do wcześniejszego zarejestrowania w formie elektronicznej, czy nawet tradycyjnej pisemnej, skutkującej wygenerowaniem hasła czy kodu służącego następnie do korzystania z określonych usług, a które mają tylko zwiększyć pewność przypisania takich oświadczeń konkretnemu podmiotowi. Trzeba jednak podkreślić, iż pozycja odbiorcy reklamy, który zaprzecza udzieleniu zgody na e-mailing będzie dużo słabsza niż w przypadku oświadczeń składanych w tradycyjnej postaciach. Oczywiście nie można stwierdzić, że samo zaprzeczenie złożeniu elektronicznego oświadczenia woli w inny sposób niż przewiduje to art.78 § 2 k.c. będzie wystarczające do przyjęcia, iż nie wywołało ono żadnych skutków prawnych, ale praktycznie konieczny będzie dowód, iż oświadczenie to faktycznie pochodzi od osoby, której zostało przyporządkowane. Dowód taki najczęściej będzie oparty na domniemaniach faktycznych, związanych na przykład z wysłaniem takiego oświadczenia z konkretnego komputera osobistego przy wykorzystaniu poczty elektronicznej i skrzynki określonej osoby³².

Przyjmuje się, iż niezależnie od sposobu uzyskania zgody na wysyłanie informacji, odbiorca musi mieć świadomość, w jakim celu i komu podaje adres swojej skrzynki e-mailowej oraz czego może się spodziewać - czy megabajtowych przesyłek z reklamami folderowymi, każdego dnia, czy też rzetelnej i przydatnej informacji, której oczekuje.

Powinien mieć on także zapewnienie od reklamodawcy, że w każdej chwili może zrezygnować z subskrypcji. Zaleca się, aby każda wysłana bezpiecznego e - mailem reklama

³² Wojciech Dubis Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej pod red. Jacka Gołaczyńskiego, str. 228.

zawierała instrukcję, jak można usunąć swój adres z listy odbiorców oraz specjalnie przygotowany adres zwrotny, na który można przysyłać odpowiedzi, prośby, zapytania.³³

Informacja handlowa a oferta

Mając na uwadze treść art. 6 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną łatwo zauważyć, że w praktyce mogą pojawić się trudności w rozróżnieniu reklamy w ujęciu informacji handlowej od oferty.

Zgodnie z brzmieniem art. 71 k.c. ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub poszczególnych osób poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz zaproszenie do zawarcia umowy.

Natomiast według art. 66 § 1 k.c. z ofertą mamy do czynienia wówczas, gdy jedna strona oświadcza drugiej stronie wolę zawarcia umowy, określając w oświadczeniu jej istotne postanowienia. Występuje tu oświadczenie skierowane do drugiej strony, aczkolwiek nie musi tu chodzić o osobę konkretną, zindywidualizowaną. Oświadczenie może być przy tym skierowane do nieoznaczonego kręgu osób (*ad incertas personans*). Oferta skierowana do bliżej nieokreślonej grupy adresatów może być jednak w każdej chwili cofnięta lub zmieniona. Oczywiście oferent może, składając ofertę, wskazać, równocześnie termin, do którego oczekuje odpowiedzi i po upływie, którego nie jest już swą ofertą związany. Jeśli tego nie uczyni, oferta przestaje wiązać, gdy - jeśli jej złożenie nastąpiło w obecności drugiej strony - nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona zaś w innych warunkach (bez obecności drugiej strony) przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez uzasadnionego opóźnienia. Przeprowadzenie wyraźnego, jednoznacznego rozgraniczenia między ofertą a zaproszeniem do rokowań czy zaproszeniem do składania ofert - nie jest proste. Najczęściej wskazuje się na to, że oferta zawiera wszystkie istotne postanowienia umowy oraz cechuje się „stanowczością”, której brak zaproszeniom do rokowań(do składania ofert). W tym drugim przypadku, inaczej niż to mam miejsce w przypadku oferty, drugiej stronie nie jest z góry wyznaczona rola pasywna. Treść art. 71 k.c. nakazywałaby wątpliwości dotyczące zakwalifikowania danego zachowania bądź do kategorii oferty skierowanej do ogółu, bądź do kategorii skierowanej do ogółu zaproszenia do rokowań lub składania ofert - rozwiązywać raczej na rzecz drugiej sposób podanych możliwości³⁴.

Natomiast w myśl Konwencji Narodów Zjednoczonych z 11 kwietnia 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (określanej skrótowo jako „konwencja wiedeńska”) z ofertą

³³ Agnieszka Lizon E-mailig zasługuje na budżet „, Marketing w Praktyce 10/03 s.56

³⁴ Janusz Batra, Ryszard Markiewicz Internet a prawo, Kraków 1998r., str.58

mamy do czynienia wówczas, gdy propozycja zawarcia umowy skierowana jest do jednej lub wielu określonych osób(nie są więc objęte konwencją oferty publiczne, składane ogółowi), gdy jest wystarczająco precyzyjna(co najmniej wskazuje towary oraz w sposób wyraźny lub dorozumiany określa lub pozwala określić ich wartość i cenę) i stanowcza (wskazuje, że oferent, w razie jej przyjęcia, ma zamiar być nią związany). Konwencja dodaje, że propozycję skierowaną do osób nie określonych uważa się jedynie za zaproszenie do składania oferty, chyba że osoba składająca taką propozycję jednocześnie oświadczyła inaczej. Temu celowi służyć mogą na przykład zwroty jak „liczba ofert ograniczona”,

„sprzedaż według kolejności zamówień”, „Oferta wiąże do końca wyczerpania towaru”.

Natomiast, gdy jedynie oznaczono termin, w jakim obowiązywać będzie niższa cena, mamy do czynienia z zaproszeniem do składania ofert³⁵. Według W.Kocota w takim ujęciu propozycje kupna lub sprzedaży wysyłane pod konkretne adresy internetowe, choćby w dużych ilościach, mają charakter oferty³⁶.

Przy takich założeniach każda informacja handlowa zawierająca propozycje kupna lub sprzedaży wysłana w formie e-maila miałaby postać oferty.

Taka koncepcja wydaje się jednak błędna biorąc pod uwagę treść art. 66 § 1 k.c. Dlatego uznać należy, iż informacja handlowa może być w konkretnym przypadku ofertą, jeśli oprócz elementów wymienionych w art.6 ust. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną tj. oznaczenia podmiotu, na którego zlecenie jest ona rozpowszechniana, jego adresów elektronicznych, wyraźnego opisu form działalności promocyjnej, w szczególności obniżek cen, nieodpłatnych świadczeń pieniężnych lub rzeczowych i innych korzyści związanych z promowanym towarem, usługą lub wizerunkiem, jednoznacznym określeniem warunków niezbędnych do skorzystania z tych korzyści, (jeśli są one składnikiem oferty), wszelkich informacji, które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron, (w szczególności ostrzeżenia i zastrzeżenia), zawiera inne istotne postanowienia umowy, w szczególności informacje dotyczące towarów czy usług, ich właściwości, charakteru itd..

W praktyce może pojawić problem albowiem podanie, które postanowienia są istotne, zwłaszcza przy kontraktach nienazwanych, nie zawsze jest proste czy nawet możliwe.

³⁵ konwencja wiedeńska opublikowana została w DZ.U. z 1997r., nr.45, poz.286. Znajduje ona zastosowanie do umów sprzedaży towarów między stronami mającymi siedziby handlowe w różnych państwach, jeśli bądź a) państwa te są stronami konwencji wiedeńskiej, bądź b) normy międzynarodowego prawa prywatnego wskazują na ustawodawstwa państwa członkowskiego konwencji jako właściwe. Nie ma znaczenia przynależność państwowa stron, ich status cywilnoprawny lub handlowy, jak i charakter cywilnoprawny lub handlowy samej umowy. Zakresem stosowania tej umowy nie zostały objęte niektóre rodzaje umów, w tym – co jest istotne dla obrotu prawnego w Internecie - sprzedaż towarów zakupionych dla użytku osobistego, rodzinnego lub do użytku w gospodarstwie domowym.

³⁶ Janusz Batra, Ryszard Markiewicz po.cit.

W tym miejscu pragnę tylko zaznaczyć, iż poczta elektroniczna zdaniem większości komentatorów, nie umożliwia komunikacji bezpośredniej, zatem złożenie oferty przy jej pomocy nie wymaga potwierdzenia ze strony oblata dla związania nią oferenta. W tych przypadkach czas związania oferenta złożoną przez siebie ofertą określać się będzie odpowiednio do reguły art.66 § 2 k.c., przyjmując, iż oferta zostaje tu złożona w inny sposób niż w obecności drugiej strony albo za pomocą bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Jeśli zatem oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, przestaje ona wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia³⁷.

Przyszłość e-mailingu- kierunek rozwoju

Poszukując lepszych sposobów na budowanie lojalności klienta i otrzymywanie tym samym większego zwrotu z inwestycji profesjonalści marketingu coraz częściej dopasowują kształt i treści przesyłanych komunikatów do demograficznych danych odbiorców. Służyć temu ma dynamiczny kontent.

Dynamiczny content oznacza w praktyce wysoko spersonalizowany e-mail wykorzystujący zgromadzoną w bazach danych wiedzę o cechach demograficznych i preferencjach klientów. Może przybrać formę zindywidualizowanego tematu wiadomości, powitania, oferty albo treści, jak również zróżnicowania materiałów graficznych.

Aplikacje dynamicznego contentu stają się coraz bardziej dostępne jako dodatkowa opcja pakietów oprogramowania do e-mail marketingu. To podejście jest znacznie bardziej skomplikowane niż standardowe praktyki marketingowe, może jednak zaoferować lepsze efekty w dłuższej perspektywie i dostarczyć więcej wartości klientom. Organizacje, które najwięcej mogą skorzystać z tej formy personalizowanego e-mail marketingu to firmy handlu elektronicznego z szerokim asortymentem produktów, firmy świadczące profesjonalne usługi, które proponują różnorodne rozwiązania niszowe, firmy globalne z licznymi oddziałami regionalnymi i przedsiębiorstwa, które sprzedają produkty albo usługi sezonowe.

Adekwatny i zindywidualizowany e-mailing zwiększa prawdopodobieństwo pozytywnych reakcji ze strony klienta. Pozytywne postawy wobec firmy i marki mogą w rezultacie poprawiać wskaźnik retencji, obniżyć koszty marketingu związane z pozyskaniem nowego klienta, stwarzać dodatkowe okazje dochodu przez powtórne zakupy. Dynamic content przyczynia się tym samym do wzrostu konkurencyjności firmy³⁸.

³⁷ Wojciech Dubis op.cit.

³⁸ E-mailing - dynamiczny content szansą na większą skuteczność Modern Marketing

Badania przeprowadzone w ostatnim czasie na zlecenie DoubleClick przez firmy Beyond Interactive i Greenfield Online wykazały, że ponad 69 procent posiadaczy kont poczty elektronicznej w USA dokonało zakupu pod wpływem oferty przesłanej e-mailem. Według raportu te same firmy tak wysoka skuteczność jest charakterystyczna tylko dla e-mailingu realizowanego za zgodą odbiorcy. Ankieta przeprowadzona wśród 1000 aktywnych internatów nie tylko dowiodła skuteczności przekazu e-mailingowego, ale również wykazała pozytywny wpływ na zwiększenie zakupów dokonywanych w sklepach tradycyjnych³⁹.

Natomiast z badań DoubleClick na temat wykorzystania e-mail marketingu za pierwszy kwartał 2004, wynika, że wskaźnik CTR tej formy komunikacji pozostaje na niemal niezmiennym poziomie w ciągu ostatniego roku. Największy wzrost odnotował sektor finansowy, gdzie CTR wynosi średnio 11,8%, dla porównania w pierwszym kwartale ubiegłego roku tylko 7,8%. Usługi finansowe wykazują się też generalnie najwyższym wskaźnikiem CTR. Największy spadek odnotował sektor artykułów konsumpcyjnych, gdzie CTR z mailingu zmniejszył się z 14% w pierwszym kwartale ubiegłego roku do 8,5% w pierwszych 3 miesiącach br. Średni wskaźnik CTR wynosi obecnie 8,4%. Dochód ze sprzedaży za pośrednictwem e-maila zmalał nieznacznie, od 0,26\$ do 0,23\$⁴⁰.

Wszystko wskazuje na to, że również świat e-reklamy poszedł w kierunku większego dialogu, budowania i wzmocnienia więzi z klientem. E-mailing, szczególnie w postaci wysoko spersonalizowanych e-mailów stał się kanałem komunikacji między firmą a klientem, sposobem na zdobycie lojalności klientów, bardzo skutecznym, tanim a zarazem mocno rozwiniętym narzędziem reklamy. Wcześniejsza zgoda klienta na przesyłanie reklamy a także możliwość jego wpływu na wybór konkretnej lub pewnych kategorii informacji, które chce otrzymać, prezentuje firmę jako tę, która pragnie budować dobre relacje, a nie tylko promować swoje produkty. Ta praktyka również pokazuje, że przedsiębiorstwo identyfikuje i respektuje potrzeby swoich klientów co przyczynia się do redukcji przypadków wypisywania się z listy dystrybucyjnej z powodu otrzymywania nieadekwatnych ofert.

Można zatem powiedzieć, że efektywność, a tym samym przyszłość takiej formy reklamy w dużej mierze zależy od wcześniejszego pozyskania przyzwolenia na e-mailing a także od zapewnienia odbiorcy realnej możliwości wpływu na wybór konkretnej lub pewnych kategorii informacji, które pragnie otrzymywać. Tylko wówczas mimo tendencji nasilania się w ostatnim

³⁹ Maciej Musiał Przyzwolenie wzmocnia więź z klientem op.cit.

⁴⁰ E-mailing - dynamiczny content szansą na większą skuteczność Modern Marketing

czasie zjawiska spamu⁴¹ skłaniającego klientów do filtrowania poczty, e-mailing pozostaje skutecznym narzędziem komunikacji marketingowej i sprzedaży online.

⁴¹ Spam -ang. mielonka śniadaniowa. Słowo to pochodzi najprawdopodobniej ze skeczu [Monthly Pythona](#). W skeczu tym klient przychodzi do restauracji, w której w karcie dań jest napisane, że do każdej potrawy, którą się zamówi trzeba koniecznie zamówić też zestaw śniadaniowy o nazwie "SPAM" (*Shoulder Pork and hAM*/"SPiced hAM). Gdy klient chce zamówić coś innego specjalna grupa zagłuszczy w strojach wikingów, zaczyna śpiewać "SPAM, SPAM, wonderful SPAM, glorious SPAM", zagłuszając normalną rozmowę. Istotą spamu jest rozsyłanie dużej liczby wiadomości o jednakowej treści do nieznanym sobie osób. Nie ma znaczenia jaka jest treść tych wiadomości. Rozsyłanie znacznej liczby maili w dowolnej "słusznej sprawie" również jest uważane za spam. Spam dzieli się na *Unsolicited Commercial Email* (UCE), czyli spam komercyjny o charakterze reklamowym, oraz *Unsolicited Bulk Email* (UBE), czyli niechciane maile o charakterze niekomercyjnym takie jak "łańcuszki szczęścia", masowe rozsyłanie ostrzeżeń o [wirusach](#), czy masowe rozsyłanie próśb o pomoc. <http://pl.wikipedia.org/wiki/Spam>