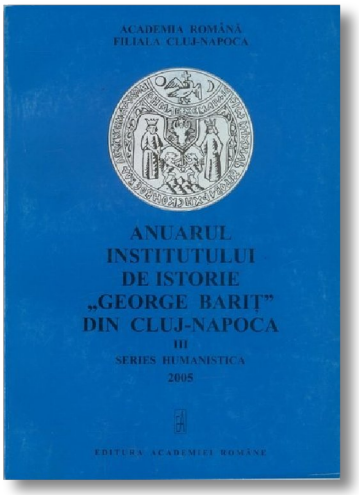

ISSN 1584-4404

Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca
Series *Humanistica*

humanistica.ro

Problema comunicărilor comerciale nesolicitate. Aspecte legislative și jurisprudențiale

Călina Jugastru

How to cite this article:
Jugastru, Călina (2005) *Problema comunicărilor comerciale nesolicitate. Aspecte legislative și jurisprudențiale*, Yearbook of the George Barițiu History Institute of Cluj-Napoca, Series Humanistica, Vol. 3, pp. 333–348. DOI: 10.5281/zenodo.22965609

© 2005: The Publishing House of the Romanian Academy.
Humanistica Yearbook is published online since 2003.
Submit your article to Humanistica Yearbook: secretariat.dcsu@acad-cj.ro

PROBLEMA COMUNICĂRILOR COMERCIALE NESOLICITATE. ASPECTE LEGISLATIVE ŞI JURISPRUDENȚIALE

Călina Jugastru

Universitatea „Lucian Blaga" din Sibiu

1. INTERNET, E-COMMERCE ŞI CYBERMARKETING

Dezvoltarea Internetului, inițial în mediul ştiințific 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 şi în sfera economică. Se poate afirma însă, tot atât de bine, că evoluția noilor tehnologii şi-a pus amprenta pe toate sectoarele vieții sociale. Concepte cum sunt e-governement, e-learning, e-health, e-business, e-payment ş.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 şi a ofertei a determinat utilizarea rețelei *Internet* pentru atragerea clienților şi fidelizarea acestora. Rațiunea pentru care firmele preferă *Internetul* sunt gratuitatea sau cheltuielile extrem de reduse în comparație cu profitul obținut.

Actualmente, *Internetul* are şi o certă dimensiune comercială, care conduce la amplificarea concurenței între agenții economici[1]. Enumerăm câțiva factori care îşi aduc contribuția la crearea acestei stări de fapt[2]. 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 interpuse în comercializarea produselor.

Apoi, piața este invadată de „actori" noi, care nu au corespondent în lumea fizică. Este vorba de societăți comerciale virtuale, care îşi desfăşoară 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.

An. Inst. de Ist. „G. Bariț" din Cluj-Napoca, Series Humanistica, tom. III, 2005, p. 333–348

Din punctul de vedere al preţurilor mărfurilor, *Internetul* favorizează examinarea comparativă rapidă din partea clientului. Agenţii economici care îşi desfăşoară activitatea doar în mediul virtual au posibilitatea să propună preţuri mai scăzute, în raport cu firmele tradiţionale. De regulă, clientul va accepta ofertele care îi propun preţuri mai avantajoase, adică mai atractive. Există şi riscul ca producătorii care acţionează în lumea fizică să piardă în timp contactul cu clienţii lor obişnuiţi, care îi vor abandona în favoarea comerţului virtual.

Un catalizator al dezvoltării e-commerce este posibilitatea oferită clientului de a lansa el însuşi apeluri pentru a primi oferte, cu descrierea exactă a caracteristicilor produselor pe care doreşte să le achiziţioneze şi preţul pe care este dispus să îl achite. Se poate naşte astfel un gen de dependenţă a clienţilor de cumpărarea produselor prin Internet.

Cheia succesului întreprinzătorilor virtuali pare a fi posibilitatea de a oferi clientului produsul pe care acesta şi-l doreşte, în condiţii optime de preţ. Pentru a ajunge la această finalitate, agentul economic trebuie să cunoască profilul consumatorului, iar odată stabilită relaţia comercială, lui nu-i mai rămâne decât să procedeze la fidelizarea clientului. Internetul permite, din acest punct de vedere, colectarea unei cantităţi uriaşe de informaţii cu privire la consumator, cu/ori fără ştirea acestuia. Personalizarea serviciilor impune, prin esenţa sa, cunoaşterea nevoilor clientului, a gusturilor sale şi, pe cât posibil, a disponibilităţilor financiare. Scopul este de a-i propune achiziţionarea mărfurilor care corespund nu numai nevoilor, dar şi standardelor personale. Pe măsură ce respectivul client va cumpăra produsele propuse şi negociate, agentul economic va avea la îndemână mai multe date cu privire la preferinţele sale, aşa încât va putea să-i ofere produse care să fie exact pe măsura aşteptărilor 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 cerinţe şi se va reorienta spre alţi producători, dacă aceştia îi vor face propuneri mai avantajoase, după caz.

Dacă efectul evoluţiei e-commerce este concurenţa, remediul său este personalizarea ofertei, printr-o cât mai profundă cunoaştere a clientului sau a potenţialului client şi fidelizarea. Graţie adreselor de poştă electronică, profesioniştii în marketing întreţin un dialog puţin costisitor cu piaţa de consum şi au posibilitatea de a culege datele personale ale clienţilor. În acest moment intră în ecuaţie drepturile personalităţii, periclitate de procedeele folosite pentru alcătuirea profilului consumatorului. În mod special, se pune problema protecţiei dreptului la viaţă privată, întrucât datele personale ale utilizatorilor sunt colectate şi înregistrate deseori în absenţa consimţământului acestora.

Dreptul la viaţă privată reuneşte câteva prerogative, care ar putea fi rezumate astfel: dreptul individului de a fi lăsat singur, controlul asupra tuturor informaţiilor care îl privesc, dreptul de a-şi duce existenţa la adăpost de priviri indiscrete şi dreptul la anonimat. Ori, în ipoteza prelucrării datelor cu caracter personal fără ştirea utilizatorului, aceste prerogative sunt serios afectate. *The right to be left alone* şi anonimatul pe Internet, devin în aceste condiţii, simple ficţiuni. Calea cea

mai simplă şi mai puţin costisitoare pe care o au la îndemână agenţii economici pentru promovarea produselor şi serviciilor este publicitatea efectuată direct, prin expedierea mesajelor promoţionale în cutia poştală electronică a utilizatorilor. Desigur, acest lucru presupune cunoaşterea adresei electronice a *internautului*, fie direct de la acesta, fie prin culegerea informaţiilor din spaţiul virtual. Datorită importanţei pe care a dobândit-o cunoaşterea adreselor e-mail pentru prosperitatea comerţului electronic, stocarea acestora este vitală. Este raţiunea pentru care în unele ţări fiinţează companii al căror obiect de activitate se centrează pe colectarea informaţiilor cu privire la consumatori şi alcătuirea profilului acestora. Pertinenţa ofertei comerciale este direct proporţională cu cantitatea şi calitatea datelor deţinute cu privire la potenţialul client.

Dorinţa de a atrage şi de a păstra cât mai mulţi clienţi are drept consecinţă invadarea căsuţelor poştale ale utilizatorilor cu numeroase oferte comerciale. De cele mai multe ori, mesajele recepţionate 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 discuţii USENET, cu referire la EMP (Excessive Multi Posting) şi ECP (Excessive Cross Posting). În prezent, este folosit şi pentru a descrie UBE (Unsolicited Bulk E-mail) şi 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 şi servicii, practicat în industria e-marketingului şi de proprietarii de situri cu caracter pornografic[3]. *Spamming-ul*[4] este o metodă de promovare foarte ieftină şi succesul campaniei este proporţional cu numărul de destinatari. De aceea, un mesaj este transmis la sute, chiar mii de adrese simultan.

Literatura de specialitate menţionează trei modalităţi principale de trimitere a *spamm-urilor*[5]: folosirea unor servere proprii de poştă electronică; utilizarea serverelor furnizorilor specializaţi în corespondenţă electronică şi folosirea serverelor de poştă electronică aparţinând altor utilizatori Internet, servere care sunt insuficient protejate sau care nu dispun de un sistem de protecţie din acest punct de vedere.

---

[3] Expedierea unor mesaje nesolicitate, cu caracter obscen sau ameninţător este o formă de concretizare a hărţuirii prin folosirea poştei electronice. Hărţuirea prin e-mail este înţeleasă ca o „prelungire" a hărţuirii tradiţionale în lumea comunicaţiilor electronice (a se vedea C. Adochiţei, *Infracţiuni pe Internet: hărţuirea electronică*, „Dreptul", nr.7, 2002, p. 51).

[4] Pentru desemnarea *spamm*-ului sunt folosiţi şi alţi termeni: „publipostage électronique", „multipostage excessif non sollicité", „pollupostage", „pourriels", „junk mails" etc. Fiecare termen evocă, aşa cum se observă, practica trimiterii masive a mesajelor nesolicitate.

[5] D. Gărăiman, *Dreptul şi informatica*, Bucureşti, Edit. All Beck, 2003, p. 286.

Spamm-ul costă spațiu de stocare utilizat pe e-mail, servere şi, nu în ultimul rând, timp şi bani pentru a citi şi/ sau şterge 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 şi şterge mesajele nesolicitate). În România, unde aproximativ 24% din totalul populației utilizează Internetul[6], pagubele se cifrează la 269,1 milioane de dolari pe an, conform unor date furnizate de către Ministerul Comunicațiilor şi Tehnologiei Informației.

În afara faptului că recepționarea mesajelor este oneroasă pentru beneficiar, îi răpeşte timp şi aglomerează cutia poştală, 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-şi acordul, trimiterea ofertelor comerciale în căsuța poştală indicată este licită. Există însă şi 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 lipseşte consimțământul destinatarului la înregistrarea propriei adrese şi 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, apță să stocheze informația în rețea ori în terminalul[7]. *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 dolari[8], înțelegem că expeditorul este mai puțin interesat de faptul că se amestecă în spațiul privat al utilizatorului, atâta timp cât suscită interesul unei mulțimi şi poate obține câştiguri 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 „fişiere de date locale, pasive, criptate şi personalizate inserate pe un calculator, prin intermediul browser-ului de navigare, de către site-uri, în momentul apelării acestora de către navigant"[9]. Specialiştii sistemelor informatice fac diferență între două categorii de *cookies*: unele care sunt şterse automat în momentul închiderii navigatorului clientului (*cookies de sesiune*) şi altele, care sunt păstrate pe disc, fără să fie şterse la închiderea navigatorului (*cookies persistente*).

---

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

[7] *Directiva* (58/2002/CE) *Parlamentului European şi a Consiliului privind prelucrarea datelor cu caracter personal şi protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice*, „Journal Officiel", nr. L 2001 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 şi finalizării navigării şi, uneori, numele computer-ului şi numele domeniului din care acesta face parte ş.a. Prin intermediul fişierelor 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 şi reprezintă o intruziune în viața privată.

Fişierele 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 şi de îmbunătățire a conținutului informațional al site-ului ori pentru schimbul de date cu alte site-uri colaboratoare[10].

Internetul se doreşte un spațiu al libertății şi schimbului permanent de informații între oameni care aparțin unor culturi diverse, dar modul cum este utilizat nu trebuie să lase loc încălcării drepturilor şi 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 şi vieții sale private, nici libertăților individuale sau publice” [11].

În raport de modalitatea de creare a fişierelor cookies, se poate aprecia dacă acestea se situează în limitele legalității. Atâta timp cât utilizatorul acceptă să ofere site-ului date personale (prin completarea şi validarea unui formular, prin manifestarea acordului pentru memorarea informațiilor, dacă acest acord îi este solicitat etc.), fişierele 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 aceşti paşi sunt înregistrați, memorați[12]. Specialiştii pornesc de la aceste date şi alcătuiesc profilul utilizatorului, emițând şi predicții privind comportamentul acestuia în spațiul virtual. Comerciantul va şti 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, fişiere şi 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 mişcare a celui urmărit.

4. PREVEDERI LA NIVELUL DIRECTIVELOR COMUNITARE

Cele două fenomene – *spamming* şi *cookies* – apar ca reale ameninţări la adresa vieţii private. Utilizarea *spamm*-ului[13] pune în evidenţă dezechilibrul între mijloacele de care dispune partea „puternică" – *spammer*-ul şi partea „slabă" – *internautul*, care suportă invazia de mesaje nesolicitate. Deşi primul acţionează, 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 reprimate sunt, în acelaşi timp, modalităţi de evitare a angajării răspunderii juridice. Conturarea cadrului legal este esenţial, iar Directivele comunitare oferă anumite soluţii pe care, deocamdată, nu toate statele le-au transpus în dreptul intern.

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

Directiva 58/2002 privind prelucrarea datelor personale şi protecţia intimităţii în sectorul comunicaţiilor electronice aduce necesare completări în materia examinată. Într-o definire a termenilor, comunicaţiile includ orice informaţii vehiculate între persoane prin intermediul unui serviciu electronic accesibil publicului; orice informaţie schimbată sau transmisă între un număr determinat de participanţi prin intermediul unui serviciu de comunicaţii electronice destinat publicului; aceasta nu include informaţia transmisă publicului printr-o reţea de comunicaţii electronice ca parte a unui serviciu de programe audiovizuale, în măsura în care nu poate fi stabilită o legătură între informaţia în cauză şi abonatul sau utilizatorul identificabil care o primeşte.

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

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

[13] Problema *spamm*-ului poate fi discutată şi în raport cu întrunirea elementelor constitutive ale infracţiunii (Vezi: I. Vasiu, *Noi infracţiuni generate de tehnologia informaţiei*, „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 îndeobşte folosite. Piaţa virtuală cunoaşte două modalităţi principale de promovare a produselor şi serviciilor. Primul sistem este *option-in* (*opt-in*), adică sistemul opţiunii de intrare. Caracteristica sa este interzicerea, ca regulă, a expedierii mesajelor comerciale către utilizatori, cu excepţia situaţiei în care aceştia îşi exprimă consimţământul expres în sensul arătat. Între metodele frecvent folosite pentru exprimarea acordului se numără înscrierea pe liste de aşteptare, publice sau private, după cum sunt administrate de o autoritate publică sau chiar de către comercianţi.

La polul opus se află *option-out* (*opt-out*) sau sistemul opţiunii de ieşire, care implică trimiterea mesajelor nesolicitate, chiar în absenţa consimţământului 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 distribuţie a expeditorilor. Acest regim favorizează ingerinţele nedorite în viaţa privată, chiar dacă, de această dată, este în discuţie spaţiul virtual.

La nivelul Uniunii Europene, nu s-a impus statelor adoptarea unuia sau altuia dintre regimurile menţionate. Este evident însă că evitarea intruziunilor în spaţiul personal prin intermediul *spamming*-ului presupune, ca metodă de bază, adoptarea regimului *opt-in*, care condiţionează expedierea prin e-mail a mesajelor publicitare de acordul prealabil şi expres al destinatarului[14]. *Option-in* este mai avantajos pentru destinatari şi în sensul că „aceştia sunt scutiţi de efortul de a recurge la formalitatea nu întotdeauna confortabilă a înscrierii în liste speciale, sarcina solicitării consimţământului lor pentru a primi comunicări comerciale căzând pe umerii furnizorilor de servicii”[15].

Din perspectiva secretului poştei electronice şi al ameninţării *spamming*-ului pentru intimitatea utilizatorului, Directiva conţine câteva prevederi esenţiale, şi anume:

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

2) reglementează situaţiile de excepţie, în care comunicările electronice sunt autorizate, ca de pildă, consimţământul potenţialului beneficiar şi relaţia comercială preexistentă expeditor-destinatar. Problema firească, dar nereglementată, priveşte modul de stabilire, într-un cadru licit şi în lipsa oricăror relaţii anterioare, a contactului între cele două părţi, în vederea obţinerii consimţământului. Rămân ca

[14] S-a precizat că formula *opt-in* cunoaşte două variante de concretizare: expeditorul semnalează destinatarului că, printr-un mesaj, poate refuza trimiterea materialelor publicitare sau solicită consimţământul 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 comerţul 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* tranşează problema mesajelor electronice şi stabileşte că utilizarea sistemelor de apelare automată fără intervenție umană, a faxurilor şi a mesajelor electronice este permisă numai dacă destinatarul şi-a exprimat în prealabil consimțământul (art. 13). Este interzisă emiterea unor mesaje în scop de prospectare a pieței, de către persoane care îşi ascund propria identitate sau ascund identitatea reală a celui în numele căruia expediază mesajul. Sunt ilicite şi 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 poştale electronice.

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

5. SOLUȚIILE DREPTULUI ROMÂN PRIVIND COMUNICĂRILE COMERCIALE PRIN POŞTA 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 2004[16] este noua reglementare a prelucrării datelor personale în sectorul comunicațiilor electronice, abrogând expres Legea nr.676/2001. Legea nr.506/2004 transpune, aşa cum se menționează în chiar dispozițiile sale finale, Directiva 2002/58 a Parlamentului European şi a Consiliului privind prelucrarea datelor cu caracter personal şi 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 şi 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 şi securității naționale, în limitele şi cu restricțiile stabilite de lege; în cadrul activităților de combatere a infracțiunilor şi de menținere a ordinii publice, precum şi în cadrul altor activități în domeniul dreptului penal, cu respectarea limitelor şi a restricțiilor legale.

[16] Parlamentul României, *Lege* (nr. 506 din 17 noiembrie 2004) *privind prelucrarea datelor cu caracter personal şi 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 şi lămureşte o serie de probleme. Întâi de toate, utilizatorul este definit drept orice persoană fizică ce beneficiază de un serviciu de comunicaţii electronice destinat publicului, fără a avea în mod necesar calitatea de abonat al acestui serviciu.

Domeniul de aplicare al *Legii* îl constituie comunicaţiile electronice. Prin comunicare urmează a se înţelege orice informaţie schimbată sau transmisă între un număr determinat de participanţi prin intermediul unui serviciu de comunicaţii electronice destinat publicului; aceasta nu include informaţia transmisă publicului printr-o reţea de comunicaţii electronice ca parte a unui serviciu de programe audiovizuale, în măsura în care nu poate fi stabilită o legătură între informaţia în cauză şi abonatul sau utilizatorul identificabil care o primeşte. Textul legii instituie obligaţia furnizorului de servicii de comunicaţii electronice destinat publicului de a lua toate măsurile tehnice şi organizatorice adecvate în vederea garantării securităţii serviciului. În ceea ce priveşte securitatea reţelei, dacă este necesar, furnizorul serviciului de comunicaţii electronice va lua măsurile de securitate respective împreună cu furnizorul reţelei publice de comunicaţii electronice. Măsurile adoptate trebuie să garanteze un nivel de securitate proporţional cu riscul existent, având în vedere posibilităţile tehnice de ultimă oră şi costurile implementării acestor măsuri.

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

Este interzisă efectuarea de comunicări comerciale prin utilizarea unor sisteme automate de apelare care nu necesită intervenţia unui operator uman, prin fax ori prin poşta electronică sau prin orice altă metodă care foloseşte serviciile de comunicaţii electronice destinate publicului, cu excepţia cazului în care abonatul vizat şi-a exprimat în prealabil consimţământul expres pentru a primi asemenea comunicări[17].

Fără a aduce atingere prevederilor anterioare, dacă o persoană fizică sau juridică obţine în mod direct adresa de poştă 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 condiţia de a oferi în mod clar şi expres clienţilor posibilitatea de a se opune printr-un mijloc simplu şi gratuit unei asemenea utilizări, atât la obţinerea adresei de poştă electronică, cât şi cu ocazia fiecărui mesaj, în cazul în care clientul nu s-a opus iniţial.

În toate cazurile, este interzisă efectuarea prin poştă electronică de comunicări comerciale în care identitatea reală a persoanei în numele şi 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 şi abonaţilor persoane juridice.

[17] Dispoziţia este aplicabilă şi 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 ŞI ÎN OG 130/2000

Problema mesajelor nedorite, ca intruziune în spațiul privat al consumatorului, este reglementată detaliat în *Legea nr.365/2002* şi în *Normele sale metodologice*[18]. Se prevede că orice comunicări comerciale prin poşta electronică sunt interzise, cu excepția cazului în care destinatarul şi-a exprimat consimțământul în acest sens (art. 6 alin. 1 din *Lege* şi 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 electronice[19], la distanță şi la cererea individuală a destinatarului.

În sfera comunicărilor cu caracter comercial[20] 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. Aşadar, 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 şi prealabil trimiterii mesajelor;

b. consimțământul comunicat în formă electronică întruneşte două condiții: este expediat din cutia poştală în care destinatarul doreşte să recepționeze mesajele publicitare; subiectul mesajului conține textul „ACCEPT COMUNICĂRI COMERCIALE DIN PARTEA", scris cu majuscule, şi 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 şi rețelele de cablu, fibră optică, radio, satelit şi 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 poştă 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 aceştia îşi pot revoca acordul[21], 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 atributele de identificare ale expeditorului: numele sau denumirea completă, domiciliul sau sediul, codul numeric personal sau codul unic de înregistrare, numerele de telefon şi fax, adresa de poştă 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 şi prealabil, şi 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 şi cadourile, să fie clar identificabile, iar condițiile de obținere a acestora să fie uşor accesibile şi clar prezentate. Vor fi respectate orice alte condiții impuse de lege. Dacă respectivele comunicări sunt furnizate de membrii unor profesii liberale, devin aplicabile şi reglementările acelei profesii, în special cele care privesc independența, demnitatea, secretul profesional, corectitudinea față de clienți şi ceilalți membri ai profesiei[22].

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 conştient, în ceea ce priveşte efectele pe care le produce[23]. De regulă, comerciantul transmite un mesaj de genul: „Doriți să primiți reclame în domeniile…?", cu prezentarea a două căsuțe alăturate: „da" şi „nu", din care una urmează a fi bifată. Ori, nu de puține ori, destinatarul primeşte 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, aşa cum s-a arătat[24], 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 şi executarea contractelor la distanță. În forma inițială, anterior aprobării prin Legea nr. 51/2003[26], Ordonanța a reglementat sistemul

[21] Revocarea consimțământului prin mijloace electronice trebuie să-şi 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 poşta 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.

opţiunii de ieşire pentru comunicările comerciale efectuate prin poşta electronică. Redăm succinct câteva prevederi edificatoare ale Ordonanţei. Aceasta se aplică încheierii şi executării contractelor comerciale la distanţă între comercianţii care furnizează produse ori servicii şi consumatori. Sunt considerate contracte la distanţă toate contractele perfectate în cadrul unui sistem de vânzare organizat de comerciant, care utilizează în mod exclusiv, înainte şi la încheierea contractului, una sau mai multe tehnici de comunicaţie la distanţă, adică orice mijloc care nu necesită prezenţa fizică simultană a părţilor.

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

Forma iniţială a Ordonanţei era defectuoasă, iar criticile formulate au fost întemeiate. În primul rând, dispoziţia art. 16 conţinând o normă specială, derogatorie de la Legea nr. 365/2002, se aplica prioritar (după intrarea în vigoare a Legii comerţului electronic) ori de câte ori subiectele erau comerciantul şi consumatorul; scopul actului era furnizarea de servicii sau produse; relaţia contractuală se derula în cadrul de vânzare organizat de comerciant, prin utilizarea exclusivă a tehnicilor de comunicare la distanţă. În practică, sub incidenţa normei speciale ar fi căzut un număr mare de situaţii, pentru cel puţin câteva raţiuni: menirea protectoare a textului îşi pierdea valoarea, marea majoritate a potenţialilor clienţi fiind tocmai consumatorii, nu agenţii economici; utilizarea tehnicilor de comunicaţie la distanţă este chiar de natura sistemului reglementat pntru 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 comerţul electronic a permis alegerea, la nivel statal, între sistemul de intrare şi sistemul de ieşire. Directiva 58/2000 consacra opţiunea de intrare pentru orice formă de comunicare, inclusiv prin poşta electronică. Legea privind comerţul electronic (normă generală) consacră *option-in*, iar Ordonanţa nr. 130/2000 (norma derogatorie, care tindea să devină în practică norma generală) statua *option-out*. Se impunea, pe bună dreptate, recorelarea dispoziţiilor din dreptul nostru, pentru eliminarea soluţiilor interne diametral opuse şi eficientizarea aplicării acestei legislaţii în spaţiul virtual.

Legea nr.51/2003 a adus modificările aşteptate. Articolul care enumera limitativ tehnicile de comunicaţie la distanţă care mijlocesc încheierea contractelor a fost completat cu poşta electronică. Pe cale de consecinţă, art. 16 nu va mai exclude e-mailul de la cerinţa prealabilă a consimţământului expres al consumatorului.

5.3. REGIMUL APLICABIL. NORME GENERALE, NORME SPECIALE

Avem, la ora actuală, dispoziţii privind comunicările comerciale nu numai la nivel comunitar, dar şi în legislaţia internă. *Spamming*-ul, înţeles 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 diferit[27], după cum acesta este furnizor de servicii şi 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 aceeaşi lege, fapta de a expedia mesaje în absența acordului prealabil şi 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 ieşire. 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 şi-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 bunei conduite pe *Internet* şi 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 şi 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 şi avizul preşedintelui *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 şi 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 asemănătoare[30], motivarea blocării accesului la rețea s-a întemeiat nu numai pe violarea unei cutume, dar şi 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 şi repetitiv această tehnică; că făcând aceasta, a perturbat în mod grav echilibrele rețelei, provocând numeroase reacții din partea internauților nemulțumiți, cărora mesageriile le erau supraîncărcate şi care erau constrânşi să şteargă mesajele nesolicitate suportând costurile şi neplăcerile acestei operațiuni. Având în vedere că practica *spamming*-ului, considerată în mediul internetului ca o practică neloială şi grav perturbatoare, este contrară dispozițiilor cartei bunei 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 *spamm*-ul este indicată, întrucât este de natură a orienta opțiunea utilizatorilor spre unul sau altul dintre furnizorii de acces, după cum aceştia permit sau nu procedeul respectiv[32].

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

În cursul anului 2003, companiile Microsoft şi A.O.L. au primit numeroase plângeri, în care *internauții* sesizau faptul că au primit mesaje nesolicitate în cutiile poştale electronice de la persoane cu conturi deschise pe *Hotmail*. Ori, contractele on-line încheiate între Microsoft şi utilizatori prevedeau în mod expres că mesageria electronică era de uz strict personal, iar *spamm*-u*l* era interzis. Îndreptându-şi 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 şi umane necesare reprimării *spamm*-ului şi 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 şi traducere Mircea Dan Bocşan, „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 şi reputației în fața utilizatorilor[33].

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 *spamm*-ul[34].

Codul penal francez a receptat dispozițiile Legii din 6 ianuarie 1978 (cunoscută sub denumirea „Legea informatică şi libertăți") referitoare la prelucrarea automatizată a datelor fără avizul Comisiei Naționale pentru Informatică şi Libertăți, lipsa informării utilizatorului la momentul colectării, lipsa acordului la prelucrare. Adresa electronică permite identificarea titularului şi 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 şi 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 *spamm*-ului pentru săvârşirea infracțiunii prevăzute de art. 226-16 din Codul penal francez (prelucrarea datelor fără declarație prealabilă) la 3 000 de euro amendă penală şi 1 000 de euro despăgubiri. Judecătorul nu a reținut infracțiunea de colectare neautorizată prevăzută de art. 226-18 din Cod[35].

Tot în temeiul Codului penal francez, instanțele franceze au condamnat persoana care a folosit tehnica *spamming*-ului, cu consecința blocării poştei electronice a internauților. Pedeapsa de 4 luni închisoare şi obligarea la plata sumei de 20 000 de euro daune-interese[36] au dat satisfacției victimei infracțiunii prevăzute de art. 323-2 din Codul penal.

În temeiul aceluiaşi text de lege şi în baza art. 323-1 Cod penal francez a fost aplicată o pedeapsă mai grea autorului unui *spamm,* pentru perturbarea sistemului de prelucrare automată a datelor prin blocarea mesageriei şi pentru accesul neautorizat la sistemele de informație prin falsificarea unor adrese e-mail[37].

---

[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.