

LEGAL UPDATE

**Nevyžiadaná
marketingová komunikácia
a spracúvanie cookies súborov
podľa nového
zákona o elektronických komunikáciách**

Od 1. februára 2022 nadobudne účinnosť nový zákon č. 452/2021 Z. z. o elektronických komunikáciách (ďalej len „**nový zákon o elektronických komunikáciách**“)¹ ktorým sa úplne nahrádza súčasná právna úprava poskytovania služieb elektronických komunikácií obsiahnutá v zákone č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách, v znení neskorších predpisov². Novým zákonom o elektronických komunikáciách sa predovšetkým transponuje Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/1972 z 11. decembra 2018, ktorou sa stanovuje európsky kódex elektronických komunikácií (ďalej len „**Smernica**“), ktorej cieľom je prispôbiť európskej regulácii rozvoju moderných technológií, zavádzaniu 5G sietí, ale aj zlepšenie ochrany spotrebiteľských práv vzhľadom na rozšírenie tzv. OTT (over-the-top) komunikačných služieb, ako sú Skype alebo WhatsApp.

Okrem transpozície Smernice nový zákon o elektronických komunikáciách tiež prináša viaceré podstatných „lokálnych“ zmien, ktoré nevyplývajú priamo zo Smernice a ktoré sa všeobecnejšie dotýkajú najmä (i) priameho marketingu a (ii) využívania súborov cookies.

Cieľom tohto článku je opísať uvedené „lokálne“ zmeny, pričom zmeny v regulácii vyplývajúce zo Smernice budú predmetom osobitného článku.

I. Uvoľnenie reštrikcií pre priamy marketing

Podľa platného právneho stavu³ je marketing realizovaný prostredníctvom volaní, automatických volacích a komunikačných systémov bez ľudského zásahu, telefaxu, elektronickej pošty a prostredníctvom služby krátkych správ dovolený len za predpokladu, že účastník alebo užívateľ poskytol s takýmito formami priameho marketingu **predchádzajúci súhlas**. Výnimkou sú prípady, ak ide o právnické osoby (i keď v prípade personalizovaných adries zamestnancov/zástupcov právnických osôb je túto výnimku náročné aplikovať) alebo o priamy marketing vlastných podobných tovarov a služieb formou elektronickej pošty cielený na bývalých – existujúcich zákazníkov, pokiaľ neuplatnili svoje opt-out právo (a teda sa neodhlásili z prijímania takejto komunikácie). Chýbajúca definícia priameho marketingu spôsobila, že tieto ustanovenia sa javili v praxi ako reštriktívne, najmä v prípade business to business (B2B) komunikácie, napr. pri zasielaní obchodných ponúk potenciálnym obchodným partnerom na personalizované pracovné emailové adresy, poskytovaní odporúčaní na obchodný kontakt inému kolegovi (spoločnosti) z odvetvia (tzv. referrals) alebo pri získavaní súhlasov so spracúvaním osobných údajov telefonicky na údaje nájdené prostredníctvom verejných zdrojov (telefónne zoznamy, internet).

Nový zákon o elektronických komunikáciách, hoci pevne zotrúva na požiadavke prechádzajúceho súhlasu, v niektorých smeroch (najmä v oblasti nevyžiadaných volaní) prináša podstatné zmeny a výrazne rozširuje možnosti zasielania resp. adresovania marketingovej komunikácie, čím však zároveň zvyšuje pravdepodobnosť prijímania nevyžiadanej komunikácie na strane adresátov (najmä formou nevyžiadaných volaní).

¹ Nový zákon o elektronických komunikáciách schválila Národná rada Slovenskej republiky dňa 24. novembra 2021, pričom tento pôvodný text bol už medzičasom aj novelizovaný, a to návrhom zákona schváleným 14. 12. 2021, ktorým sa zaviedla možnosť využitia lokalizačných údajov a prevádzkových údajov užívateľov Úradom verejného zdravotníctva Slovenskej republiky na účely aplikovania opatrení v súvislosti s predchádzaním šíreniu ochorenia COVID-19.

Aktuálne znenie **nového zákona o elektronických komunikáciách** je dostupné na <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2021/452/20220201>

² Znenie **súčasnne platného zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách** v znení neskorších predpisov je dostupné na <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2011/351/20210801>

³ § 62 zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších predpisov

- **Prechádzajúci súhlas s priamym marketingom**

Zákon spresňuje, že súhlas (tam, kde sa vyžaduje) musí byť získaný **pred kontaktovaním** účastníka alebo užívateľa a musí spĺňať požiadavky na súhlas v zmysle Nariadenia GDPR⁴, a teda musí byť slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný. Súhlas je možné kedykoľvek jednoducho odvolať, pričom osoba, voči ktorej je marketing vykonávaný, musí byť o spôsobe odvolania súhlasu informovaná a v prípade jeho odvolania alebo námietky musí byť toto odvolanie alebo námietka účastníkovi/užívateľovi **preukázateľne** potvrdené. Údaje o súhlase/nesúhlase účastníka alebo užívateľa bude potrebné uchovávať na trvalom nosiči počas obdobia najmenej štyroch rokov po odvolaní súhlasu účastníkom/užívateľom.

Požiadavka predchádzajúceho súhlasu sa nevzťahuje na kontaktovanie účastníkov/užívateľov na účely získania takéhoto súhlasu. Avšak tu nový zákon o elektronických komunikáciách výslovne ustanovuje, že na účely získania súhlasu nie je možné použiť automatické volacie a komunikačné systémy bez ľudského zásahu, telefaxu, elektronickej pošty (nielen e-mailu, ale aj akúkoľvek textovú, hlasovú, zvukovú alebo obrazovú správu zaslanú prostredníctvom verejnej siete, ktorú možno uložiť v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu, kým ju príjemca nevyzdvihne) a služby krátkych správ (SMS)⁵. Prakticky je tak „proaktívne“ kontaktovanie účastníkov/užívateľov „len“ za účelom získania predchádzajúceho súhlasu obmedzené na bežné volania (t.j. bez použitia automatických volacích systémov), pričom získanie predchádzajúceho súhlasu inými spôsobmi napr. formou emailu, SMS, je vylúčené, čo môže spôsobovať praktické problémy. V princípe sa teda umožňuje len nahrávanie predchádzajúcich súhlasov v rámci volania, ale nie iné spôsoby, napr. zaslanie a tzv. „odkliknutie“ súhlasu formou emailu. Samozrejme, iné spôsoby získavania predchádzajúceho súhlasu, napr. formou samostatných súhlasov s marketingom pri uzatváraní zmlúv alebo ako „odkliknutia“ pri nákupe online a pod., nie sú novou právnou úpravou dotknuté a takéto získavanie predchádzajúcich súhlasov je stále možné.

- **Nové pravidlá pre marketing formou volaní a zavedenie zoznamu zakázaných telefónnych čísel od 1. novembra 2022**

Nový zákon o elektronických komunikáciách upúšťa od požiadavky predchádzajúceho súhlasu (tzv. požiadavka opt-in) pri nevyžiadaných volaniach bez použitia automatických volacích systémov a adresátom marketingových volaní poskytuje namiesto toho možnosť tzv. opt-out. V tejto súvislosti sa zavádza tzv. zoznam „zakázaných“ telefónnych čísel⁶ (ďalej len „**Zoznam**“), do ktorého sa uvádzajú telefónne čísla užívateľov/účastníkov, ktorí vyjadria nesúhlas s volaním na účely priameho marketingu. Každý užívateľ/účastník bude môcť bezplatne uviesť svoje telefónne číslo v Zozname. Osoba, ktorá vykonáva priamy marketing bude povinná overovať, či sa telefónne číslo uvádza v Zozname, pričom za overenie sa bude platiť úhrada, ktorú určí Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb Slovenskej republiky (ďalej len „**Úrad**“).

Nový opt-out systém teda znamená, že do momentu uvedenia svojho telefónneho čísla v Zozname je účastník / užívateľ „voľný“ na prijímanie hovorov priameho marketingu a to bez jeho predchádzajúceho súhlasu. Pokiaľ teda účastník / užívateľ o nevyžiadané hovory priameho marketingu nemá záujem, môže:

⁴ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov), dostupné napr. na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX%3A32016R0679>

⁵ §116 ods. 4 v spojení s ods. 2 nového zákona o elektronických komunikáciách

⁶ Podľa § 116 ods. 7 nového zákona o elektronických komunikáciách je celý názov „zoznam telefónnych čísel, uvedených účastníkmi alebo užívateľmi na účely vyjadrenia nesúhlasu s volaním na účely priameho marketingu“.

- (i) uviesť svoje telefónne číslo v Zozname – Zoznam bude fungovať od 1. novembra 2022 a následne bude dvakrát mesačne aktualizovaný; zápis do Zoznamu platí ako generálny zákaz volaní na účely priameho marketingu voči všetkým prevádzkovateľom, alebo
- (ii) namietnuť priamy marketing formou volania pri prvom takomto volaní - takáto námietka sa ale uplatňuje len vo vzťahu ku konkrétnemu prevádzkovateľovi, avšak nie generálne (ako je to v prípade uvedenia v Zozname).

Z praktického hľadiska sa však javí, že uvedenie telefónneho čísla v Zozname alebo vyjadrenie námietky zo strany účastníka stále nevyklučuje realizáciu nasledujúcich nevyžiadaných volaní (bez použitia automatického volacieho systému):

- (i) volania na účely získania predchádzajúceho súhlasu s priamym marketingom alebo na účely žiadosti o odvolanie námietky, ktoré by prevádzkovateľovi nanovo umožnilo realizáciu priameho marketingu. Túto interpretáciu podporuje aj nová definícia priameho marketingu (doteraz takáto definícia na tieto účely absentovala) podľa ktorej volanie na získanie predchádzajúceho súhlasu nemožno chápať ako prezentáciu tovarov alebo služieb v písomnej forme alebo ústnej forme;
- (ii) marketingové volania bývalým alebo existujúcim zákazníkom (ak sa z takej komunikácie neodhlásili). Je nutné uviesť, že aktuálne platná výnimka takéto volania bez predchádzajúceho súhlasu zákazníka neumožňuje (výnimka sa vzťahuje iba na elektronickú poštu).

Je potrebné podotknúť, že žiadna z vyššie uvedených zmien nevyplýva z pôvodného návrhu predkladateľa, Ministerstva dopravy a výstavby Slovenskej republiky. Do návrhu zákona boli zapracované až na základe poslaneckého návrhu. I keď pri ich zavedení možno sčasti argumentovať snahou o riešenie vyššie uvedených problémov pri B2B komunikácii, zásadné otvorenie možností priameho marketingu môže kolidovať s požiadavkami Nariadenia GDPR⁷ a pravdepodobne nezodpovedá ani miere ochrany užívateľov pred nevyžiadanou komunikáciou pri iných formách priameho marketingu. Z hľadiska užívateľov môže byť problematickým najmä obdobie od účinnosti nového zákona o elektronických komunikáciách od 1. februára 2022 do 31. októbra 2022, keďže v tomto období ešte nebude možné telefónne číslo zaradiť na zoznam „zakázaných“ čísel vedený Úradom, a teda všetky čísla budú „voľné“ na realizáciu priameho marketingu, pokiaľ volania od konkrétneho prevádzkovateľa účastník/užívateľ neodmietne.

- ***Nové pravidlá pre marketing formou emailov a zavedenie novej výnimky pre zverejnené údaje podnikateľov a fyzických osôb***

Na priamy marketing formou elektronickej pošty (emailov) sa bude naďalej uplatňovať zákaz, okrem prípadov, ak

- (i) osoba vyjadrila predchádzajúci súhlas s takouto formou priameho marketingu; alebo
- (ii) ide o bývalého alebo existujúceho zákazníka, ak sa z takejto komunikácie neodhlásil.

Nový zákon o elektronických komunikáciách k tomu pridáva ďalšiu, v poradí tretiu, výnimku.

Od 1. februára 2022 sa nebude súhlas s priamym marketingom zasielaným elektronickou poštou vyžadovať pre priamy marketing adresovaný na zverejnené kontaktné údaje fyzickej osoby – podnikateľa alebo právnickej osoby.

⁷ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov), dostupné napr. na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX%3A32016R0679>

II. Nové pravidlá pre cookies

Nový zákon o elektronických komunikáciách prináša zmeny aj vo vzťahu k umiestňovaniu súborov **cookies** do zariadení koncových užívateľov⁸.

V doterajšej praxi sa mnohí poskytovatelia webových stránok spoliehali na nastavenia webového prehliadača užívateľa, a teda nevyžadovali súhlas s využitím cookies pre iné ako nevyhnutné účely. Používanie cookies tak realizovali bez preukázateľného súhlasu užívateľov, napr. odkliknutím slova „rozumiem“ – informácie o použití súborov cookies. Podľa ešte stále platnej právnej úpravy⁹ sa totiž za súhlas na účely uloženia cookies do koncového zariadenia užívateľa považovalo aj použitie príslušného nastavenia webového prehliadača alebo iného počítačového programu (hoci časť odborníkov namietala kolíziu tejto úpravy s Nariadením GDPR). To znamenalo, že v prípade, ak užívateľ neupravil svoje nastavenia a súbory cookies nezakázal, mohol sa poskytovateľ webovej stránky doposiaľ odvolať na nastavenia webového prehliadača, a teda vyjadrenie súhlasu užívateľa v zmysle predmetného ustanovenia.

Vypustením horeuvedenej prezumpcie (t.j. nastavenia webového prehliadača ako súhlasu) dochádza k jasnému zavedeniu požiadavky súhlasu s uložením súborov cookies do koncových zariadení, ak súbory cookies slúžia na iný účel ako na prenos alebo uľahčenie prenosu správy prostredníctvom siete, alebo ak to nie je bezpodmienečne potrebné pre sprístupnenie / poskytovanie obsahu webovej stránky (tzv. nevyhnutné súbory cookies). **Pre všetky ostatné typy cookies než sú tzv. nevyhnutné súbory cookies, sa vyžaduje vyjadrenie súhlasu zo strany užívateľa.** Domnievame sa, táto požiadavka sa vzťahuje aj na tzv. analytické cookies, ktoré sa používajú na meranie návštevnosti stránok.

Na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy, nový zákon o elektronických komunikáciách výslovne nevyžaduje poskytnutie úplných a jasných informácií o účele spracúvania súborov cookies, teda osobitnú informáciu o všetkých používaných typoch súborov cookies. Takáto informácia sa ale bude vyžadovať na základe článku 13 Nariadenia GDPR v prípade cookies, ktoré spracúvajú osobné údaje.

Pokiaľ ide o spôsob vyjadrenia súhlasu, tento súhlas by mal byť podľa nového zákona o elektronických komunikáciách **preukázateľný**. Tu je potrebné upozorniť, že v prípade súborov cookies, prostredníctvom ktorých dochádza k spracúvaniu osobných údajov, musí osoba, ktorá súbory cookies používa, získať od dotknutej osoby **platný súhlas, ktorý spĺňa požiadavky podľa Nariadenia GDPR, a to vrátane požiadavky na slobodný súhlas, pri ktorom sa požaduje, aby mal užívateľ v konečnom dôsledku alternatívu, a teda možnosť uloženie súborov odmietnuť, to znamená - možnosť mať prístup k webovej stránke aj bez odsúhlasenia nie nevyhnutných cookies (napr. bez sledovania tretími stranami a pod.).**

Vzhľadom nato, že väčšina súborov cookies obsahuje identifikátor, je možné konštatovať, že sa takýto slobodný súhlas bude požadovať pre väčšinu prípadov použitia súborov cookies (čo je osobitne dôležité pri marketingových súboroch cookies).

Vyššie uvedená zmena sa teda dotýka poskytovateľov služieb informačnej spoločnosti, poskytovateľov webových stránok a iných aplikácií, ktoré používajú cookies a podobné technológie. Títo by sa mali zamerať na klasifikáciu využívaných cookies (nevyhnutné a iné účely prípadne cookies, ktoré spracúvajú osobné údaje a také, ktoré nie) a od 1. februára 2022 dôsledne získavať súhlas s uložením všetkých cookies, ktoré nie sú nevyhnutné na poskytovanie

⁸ §109 ods. 8 nového zákona o elektronických komunikáciách

⁹ § 55 ods. 5 zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších predpisov

webovej stránky a súhlas podľa Nariadenia GDPR so spracúvaním všetkých cookies, ktoré obsahujú osobné údaje (čo predpokladáme, že bude zahŕňať podstatnú časť prípadov vzhľadom na extenzívne výklady definície osobných údajov), vrátane poskytnutia informácií o ich spracúvaní.

* * *

Táto informácia bola pripravená 22. decembra 2021 výlučne pre účely poskytnutia všeobecnej informácie a nemá byť považovaná za právne poradenstvo. Vyššie uvedený prehľad nadchádzajúcich zmien právnej úpravy nie je komplexný a iba stručne sumarizuje niektoré plánované zmeny. V prípade, ak máte otázky k tejto téme, neváhajte sa obrátiť na svoju kontaktnú osobu v našej advokátskej kancelárii.