



RZECZPOSPOLITA POLSKA

MINISTERSTWO
ADMINISTRACJI I CYFRYZACJI

PODSEKRETARZ STANU
Małgorzata OLSZEWSKA

BM-ZPO-0724-14/2013.DK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2013 r.

MINI MARSZAŁKA SENATU
Wpłynęło dn. 30.04.13.
2046
podpis: *Borusewicz*

J.P. Rypel
SEKRETARIAT
Biura Prac Senackich
Wpłynęło dn. 6.05.13
nr. 3746...podpis: *J.P. Rypel*

Pan
Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu RP

Bogdan Borusewicz

W odpowiedzi na pismo z dnia 25 marca 2013 r. (sygn. BPS/043-29-1183/13), przekazującego tekst oświadczenia złożonego przez Senatora RP Ryszarda Knosalę podczas 29. posiedzenia w dniu 21 marca 2013 r. w sprawie zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej faksem, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

W pierwszej kolejności należy przytoczyć podstawowe regulacje prawne w tym zakresie. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, ze zm.; zwanej dalej „uśude”) zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Zatem dla ustalenia, czy wysłanie wiadomości faksem wymaga uzyskania uprzedniej zgody adresata (tak aby wiadomość taka nie została uznana za niezamówioną) konieczne jest ustalenie, czy:

1. wiadomość taka zawiera informacje handlowe;
2. jest skierowana do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną;
3. jest przesyłana za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 uśude przez informację handlową należy rozumieć każdą informację przeznaczoną 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. Jeżeli zatem wiadomość przesłana faksem zawiera informacje handlowe, rozumiane w sposób opisany powyżej, to taka wiadomość spełnia pierwszą z wymienionych przesłanek, niezbędnych do uznania jej za objętą zakazem przesyłania niezamówionych informacji handlowych.

Nie budzi również większych wątpliwości stwierdzenie, że faks ma charakter wiadomości skierowanej do oznaczonego odbiorcy. Wiadomość faks jest kierowana do odbiorcy identyfikowanego określonym numerem telefonicznym. Bez względu na zastosowaną technikę, nadawca i odbiorca faksu są identyfikowani poprzez przypisane im numery telefoniczne. Taka identyfikacja powoduje, że odbiorcę informacji należy uznać za oznaczonego. Analogicznie w przypadku poczty elektronicznej nadawca i odbiorca wiadomości e-mail oznaczeni są za pomocą adresów mailowych, a w przypadku wymiany wiadomości SMS

lub MMS odbiorca oznaczony jest numerem telefonu. W tym kontekście warto zaznaczyć, że informacja handlowa nie będzie skierowana do oznaczonego odbiorcy w przypadku komunikatów marketingowych (reklamy) emitowanej w telewizji, radiu lub wyświetlanej na stronie internetowej – w tych przypadkach odbiorcą komunikatu może być potencjalnie nieograniczona i nieoznaczona liczba odbiorców, która przez nadawcę komunikatu nie jest w żaden sposób identyfikowana lub oznaczana. Podsumowując, wysłanie wiadomości faks z informacją handlową oznacza skierowanie informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy.

W tym miejscu należy podkreślić, że wyrażony w art. 10 ust. 1 uśude zakaz obejmuje tylko takie informacje handlowe, które są kierowane do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną. Zatem przedmiotowym zakazem nie są objęte przypadki wysyłania niezamówionej informacji handlowej do oznaczonych podmiotów niebędących osobami fizycznymi. Innymi słowy, wyrażony w art. 10 ust. 1 uśude zakaz nie dotyczy przesyłania niezamówionych informacji handlowych do podmiotów takich jak osoby prawne, jednostki organizacyjne nie powiadające osobowości prawnej czy urzędy obsługujące organy administracji publicznej. Tym samym, przesyłanie niezamówionych informacji handlowych faksem może być zakazane tylko wtedy, gdy odbiorcą takiej wiadomości ma być osoba fizyczna.

Faks należy do grupy określanej jako *rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe*. Należy przyjąć, że faks jest rozwiązaniem technicznym, może też zostać uznany za urządzenie teleinformatyczne wspomagane współpracującymi z faksem narzędziami programowymi. Współczesne fakсы są zaawansowanymi technologicznie urządzeniami teleinformatycznymi, niejednokrotnie wyposażonymi we własną pamięć wewnętrzną, których funkcjonowaniem zarządza odpowiednie oprogramowanie. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie definiuje pojęcia „urządzenia teleinformatycznego”, definiuje jednak w art. 2 pkt 3 uśude system teleinformatyczny, przez który należy rozumieć *zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.)*. O ile nie ma wątpliwości, że faks może służyć do wysyłania i odbierania danych poprzez sieci telekomunikacyjne, w doktrynie i praktyce pojawiają się wątpliwości, czy faks zapewnia przetwarzanie i przechowywanie danych. W orzeczeniu z dnia 5 grudnia 2006 r. (sygn. III SA/Wa 1836/06) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził w uzasadnieniu, że faks nie jest środkiem komunikacji elektronicznej: *Faks nie jest urządzeniem informatycznym, gdyż przez tego rodzaju urządzenia należy rozumieć komputery wyposażone w pamięć umożliwiającą zapisywanie i odtwarzanie danych. Z tego względu wysyłanie informacji pomiędzy urządzeniami faksowymi nie może być uznane za komunikowanie się za pomocą urządzeń tworzących zespół teleinformatyczny. Z tego powodu, tego rodzaju komunikowanie się, na podstawie art. 2 pkt 4 a contrario powołanej ustawy nie może być uznane za świadczenie usług drogą elektroniczną, gdyż nie odbywa się ono za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, a to z kolei przesądza o tym, że taki sposób przesyłania pism nie może być stosowany w postępowaniu administracyjnym*.

Należy zauważyć, iż na przestrzeni ostatnich 6 lat, jakie upłynęły od wydania przedmiotowego orzeczenia, również fakсы rozwinęły się technologicznie, a stwierdzenie o nieposiadaniu przez takie urządzenia pamięci umożliwiającej zapisywanie i odtwarzanie danych, w dużym stopniu się zdezaktualizowało. W dzisiejszych czasach nie tylko komputery, ale i szereg innych urządzeń, takich jak smartfony, tablety, drukarki czy fakсы, posiada własną pamięć, procesory oraz oprogramowanie pozwalające na przechowywanie i przetwarzanie danych.

Ponadto, coraz powszechniejsze są rozwiązania hybrydowe, które łączą w sobie cechy typowe dla faksu oraz poczty elektronicznej. Rozwiązania te, określane mianem „faks to mail” albo „mail to faks”, umożliwiają wysłanie faksu z poczty elektronicznej lub odbiór faksu

bezpośrednio na adres poczty elektronicznej. Tego typu rozwiązania programowe, często opierające się na rozwiązaniach dostępnych „w chmurze”, nawet bez wymogu posiadania przez nadawcę faksu (w usłudze „mail to faks”), zmieniają tradycyjne pojmowanie faksu. W takich przypadkach nie ulega wątpliwości, że współpracujące ze sobą urządzenia i oprogramowanie muszą być wyposażone we własną pamięć i inne rozwiązania umożliwiające przechowywanie i przetwarzanie danych.

W swoim oświadczeniu Pan Senator Ryszard Knosala zwraca uwagę na problem, jakim jest obchodzenie zakazu przesyłania niezamówionej informacji handlowej przez przesyłanie wiadomości faks na adres poczty elektronicznej odbiorcy. Jak już wykazano powyżej, tego typu działalność może zostać uznana za naruszenie przedmiotowego zakazu. Należy również podkreślić, że poza przepisami ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w porządku prawnym istnieją inne przepisy, których celem jest ochrona odbiorców przed niechcianą komunikacją marketingową.

Jednym z tych rozwiązań jest art. 172 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.), stanowiący, że *zakazane jest używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego, chyba że abonent lub użytkownik końcowy uprzednio wyraził na to zgodę*. Celem tego przepisu jest ochrona wszystkich abonentów (zarówno konsumentów jak i przedsiębiorców) przed otrzymywaniem wysyłanych masowo i automatycznie komunikatów marketingowych. Zakaz obejmuje w szczególności automatyczne połączenia głosowe (tzw. IVR – połączenie nawiązuje maszyna, a podczas połączenia abonent słyszy uprzednio nagrany marketingowy komunikat głosowy) oraz masowo i automatycznie wysyłane wiadomości SMS lub MMS. Powyższy zakaz uzupełniony jest przez art. 174 *Prawa telekomunikacyjnego*, który stanowi, że m.in. zgoda na używanie automatycznych systemów wywołujących dla celów marketingu bezpośredniego:

- nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści;
- może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika;
- może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat.

Kolejnym przepisem, realizującym powyższy cel, jest art. 6 ust. 3 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* (t.j.: Dz. U. z 2012 r., Nr 1225), który przewiduje, że *posłużenie się telefonem, wizjofonem, telefaksem, pocztą elektroniczną, automatycznym urządzeniem wywołującym lub innym środkiem komunikacji elektronicznej w celu złożenia propozycji zawarcia umowy może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą konsumenta*. Jeżeli zatem informacja handlowa w rozumieniu art. 2 pkt 2 u.s. zawiera propozycję zawarcia umowy (z istoty informacji handlowej wynika, że większość tego typu komunikatów nakłania do zakupu towaru lub usługi, a więc jest propozycją zawarcia umowy), to na mocy art. 6 ust. 3 ustawy *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny*, przekazanie takiej informacji handlowej wymaga w każdym przypadku – bez względu na zastosowany środek porozumiewania się na odległość - zgody konsumenta. Warto zauważyć, że art. 6 ust. 3 przedmiotowej ustawy wyraźnie wskazuje, że zgody konsumenta wymaga złożenie propozycji zawarcia umowy również z wykorzystaniem telefaksu, a więc urządzenia będącego przedmiotem oświadczenia Pana Senatora Ryszarda Knosali.

Do wiadomości:
Departament Spraw Parlamentarnych
Kancelarii Prezesa Rady Ministrów

