



Warszawa, dnia 28 lutego 2011 r.

MINISTERSTWO INFRASTRUKTURY
PODSEKRETARZ STANU

Magdalena Gaj

ŁT3m-0782-2/11

Anna Streżyńska
Prezes Urzędu Komunikacji
Elektronicznej

.....

Obowiązek retencji danych, określony w art. 180a Pt, ciąży na operatorze publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz na dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Możliwość jednoznacznego zakwalifikowania podmiotów (np. spółdzielni mieszkaniowych, wspólnot mieszkaniowych, stowarzyszeń, właścicieli hotelów, kawiarni, restauracji, sklepów) wykonujących działalność telekomunikacyjną polegającą na świadczeniu publicznego, nieodpłatnego dostępu do sieci Internet (hotspot) do klasy przedsiębiorców telekomunikacyjnych i w konsekwencji rozstrzygnięcia czy ciążą na nich obowiązki w zakresie retencji danych telekomunikacyjnych, wymaga zatem ustalenia, czy dany podmiot jest dostawcą usług w rozumieniu Pt, a więc analizy definicji przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Zgodnie z brzmieniem definicji z art. 2 pkt 27 Pt, przedsiębiorcą telekomunikacyjnym jest m.in. przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, czyli tzw. „dostawca usług”.

Jak wskazuje powyższa definicja, aby uznać dany podmiot za przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, kolejno należy ustalić, czy działalność przez niego wykonywana stanowi świadczenie usług telekomunikacyjnych w rozumieniu Pt, a jeżeli tak, to czy ma charakter działalności gospodarczej.

Zgodnie z zawartą w art. 2 pkt 41 Pt definicją, świadczenie usług telekomunikacyjnych jest to wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług. Z kolei, zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. – Dz U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447), przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we

własnym imieniu działalność gospodarczą, jak również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, przy czym działalność gospodarcza oznacza zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Konieczna jest zatem analiza rozpatrywanej działalności pod kątem spełnienia każdej z powyższych przesłanek.

W związku z tym, że działalność podmiotów wskazana w tym pytaniu, wykonywana jest pod tytułem darmym, należy zastanowić się nad znaczeniem pojęcia działalność zarobkowa. O zarobkowości działalności decyduje cel jej wykonywania. Jeżeli zakłada się osiągnięcie w związku z działalnością i w jej efekcie nadwyżki przychodów nad poniesionymi kosztami, a więc osiągnięcie dochodu, to znaczy, że został określony cel zarobkowy tej działalności. Zazwyczaj cel taki zostaje ujawniony poprzez złożenie stosownego wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców KRS lub do Ewidencji Działalności Gospodarczej i dokonanie przez sąd lub organ ewidencyjny wpisu wnioskodawcy i jego działalności. O charakterze działalności świadczy także udział danego podmiotu w obrocie gospodarczym i wykonywanie wielu czynności będących konsekwencją tego udziału, jak w szczególności: formułowanie ofert, zawieranie umów, ustalanie cen, wystawianie faktur. W rezultacie ich podejmowania realne jest osiąganie wpływów, których suma zapewni stosowny zarobek. Należy pamiętać również, że cel zarobkowy danej działalności nie zawsze zostaje zrealizowany pomimo dążenia do niego i wykonywania działalności w sposób racjonalny.¹

Z działalnością zarobkową związane jest pobieranie opłat z tytułu przekazywanych odbiorcom wyrobów lub świadczonych usług. Pobieranie opłat świadczy o tym, że dana działalność jest wykonywana "na cudze potrzeby" i sprowadza się do ich zaspokajania – w czym można zresztą upatrywać jednego z motywów działalności gospodarczej.²

Naliczanie i pobieranie opłat nie oznacza w każdym przypadku, że prowadzona jest działalność dla (w celu) osiągnięcia zarobku. Opłaty mogą być bowiem pobierane na pokrycie jedynie kosztów działalności, co nie powoduje powstania dochodu. Działalność taka - określona mianem non profit - to działalność charytatywna, społeczna, kulturalna itp. Nie jest ona działalnością zarobkową, a tym samym gospodarczą, co w odniesieniu do działalności kulturalnej zostało nawet wprost wyrażone w przepisach.³ Tym bardziej nie będzie więc działalnością gospodarczą opisana na wstępie działalności takich podmiotów jak spółdzielnie mieszkaniowe, wspólnoty mieszkaniowe, stowarzyszenia, za którą nie pobiera się opłat.

Chociaż w orzecznictwie stwierdzono, że aby można było mówić o prowadzeniu działalności gospodarczej, działalność podmiotu nie musi być wykonywana w celu osiągnięcia zysku - tak jak to się dzieje np. w związku z działalnością spółdzielni mieszkaniowych, niemniej jednak, orzeczenia wskazują, że działalność spółdzielni mieszkaniowej skierowana „do wewnątrz” w ramach stosunków członkowskich nie ma charakteru gospodarczego.⁴

¹ M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzeciński, E. Wieczorek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, ABC, 2007.

² A. Walaszek-Pyzioł, Swoboda działalności gospodarczej, Kraków 1994, s. 30-31

³ M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzeciński, E. Wieczorek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, ABC, 2007.

⁴ Postanowienie SN z dnia 20 października 1999 r., sygn. Akt III CKN 372/1998; wyrok WSA z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. Akt IVSA/GI1157/07

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej wymaga, by działalność gospodarcza wykonywana była w sposób zorganizowany i ciągły. Cechy te nie zostały określone przez przepisy, są przy tym wieloznaczne. Zorganizowanie można łączyć z pojęciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 k.c., według którego jest ono zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. O zorganizowaniu mogą też świadczyć kwestie takie jak określenie, miejsca wykonywania działalności, adresu dla korespondencji, usytuowania biura, ale również skompletowania wszelkich składników rzeczowych przedsiębiorstwa w taki sposób, by mogły one spełniać określone funkcje gospodarcze. Zorganizowanie działalności wiąże się nadto z wykonywaniem całego szeregu czynności mieszczących się zarówno w przedmiocie działalności danego przedsiębiorcy, jak i czynności o charakterze organizacyjnym, w taki sposób, by układały się one w racjonalną, efektywną całość. Ważne jest przy tym powierzenie wykonywania funkcji kierowniczych odpowiednim osobom, a nawet, gdy w grę wchodzi jednoosobowa działalność gospodarcza, ustalenie, że sam przedsiębiorca funkcje te będzie sprawował. Nie sposób nie docenić znaczenia działań świadczących także o zorganizowaniu, takich jak: prowadzenie księgowości, posługiwanie się rachunkiem bankowym, a nawet odbiór przesyłek czy obsługa urządzeń biurowych, należy jednak podkreślić, że nie ma możliwości wyznaczenia określonego standardu zorganizowania i ustalenia, czy dana działalność spełnia wymóg zorganizowania.⁵

Ciągłość działalności gospodarczej oznacza z kolei powtarzające się, regularnie występujące i trwające czynności, wskazujące na dążenie do uczynienia z działalności gospodarczej stałego (ciągłego) źródła dochodu i czerpania z niej wymiernych korzyści, które pojawiają się w związku i na skutek kontynuacji określonych czynności noszących znamiona działalności gospodarczej.⁶

Dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą konieczne jest zatem łączne zaistnienie trzech jej cech funkcjonalnych: zarobkowości, zorganizowania i ciągłości. Brak którejkolwiek z nich oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej. W oparciu o powyższe kryteria, dookreślone przez doktrynę i orzecznictwo, należy stwierdzić, że podmiotów świadczących nieodpłatny dostęp do sieci Internet (hotspot) nie można uznać za przedsiębiorców. Ich działalność nie jest działalnością zarobkową, brak też cech związanych z kryterium zorganizowania.

Niezależnie od warunków pozwalających na uznanie danego rodzaju działalności za działalność gospodarczą, należy stwierdzić również, że przedmiotowa działalność nie ma charakteru takiego, jak usługi świadczone przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych - świadczenie usługi nieodpłatnego dostępu do sieci Internet jest tu przede wszystkim bardzo ograniczone, zarówno ze względu na funkcjonalność, dostępność, jak i zasięg terytorialny.

Dla ustalenia istnienia samego obowiązku retencji danych istotna jest kwestia, czy dany podmiot jest dostawcą usług telekomunikacyjnych. Działalność telekomunikacyjna polegająca na świadczeniu nieodpłatnego dostępu do sieci Internet (hotspot) nie jest działalnością gospodarczą i w tym wypadku przepis art. 180a Pt nie znajduje zastosowania.

⁵ M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzciński, E. Wieczorek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, ABC, 2007.

⁶ M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzciński, E. Wieczorek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz, ABC, 2007.

Podsumowując, pragnę podkreślić, iż zarówno dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz. Urz. UE L 105 z 13.04.2006, s. 54), jak i przepisy Pt wyraźnie precyzują, które podmioty zobligowane są do realizowania obowiązku retencji danych. Jeśli zatem działalność danego podmiotu nie jest działalnością gospodarczą i w związku z czym nie może on zostać uznany za dostawcę usług w rozumieniu Pt, to powyższy obowiązek nie musi być przez niego realizowany.

Podsekretarz Stanu

/ - /

Magdalena Gaj