

Opinia prawna

Dotycząca:

przepisów o przesyłce hybrydowej

przygotowana na zlecenie:

Krajowej Izby Radców Prawnych z siedzibą w Warszawie, dalej
jako: „KIRP”

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2020 r.

Spis treści

1. Przedmiot opinii prawnej.....	3
Przedmiot Opinii.....	3
2. Analiza prawna	4
Uwagi wstępne.....	4
Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji.....	6
<i>Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji przetworzonej do dokumentu elektronicznego na etapie wysyłania do adresata.....</i>	<i>7</i>
<i>Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji przechowywanej przez operatora pocztowego w postaci papierowej i w postaci elektronicznej.....</i>	<i>8</i>
Techniczny sposób doręczenia, data doręczenia oraz fikcja doręczenia	12

1. Przedmiot opinii prawnej

Przedmiot Opinii

- 1.1. Przedmiotem niniejszej opinii prawnej (dalej „**Opinia**”) jest ocena przepisów art. 15zzu¹-15zzu¹⁰ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374, 567 i 568)(dalej „**przepisy dotyczące przesyłki hybrydowej**”), w brzmieniu przyjętym w art. 72 pkt 47 ustawy z dnia 9 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (ustawa została uchwalona przez Sejm i skierowana do Senatu).
- 1.2. Dla sporządzenia niniejszej Opinii podstawę stanowiły następujące akty prawne:
 - a) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE z 2016 r. Nr L 119/1; dalej „**RODO**”);
 - b) Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 256; dalej „**KPA**”);
 - c) Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 75; dalej jako „**URP**” lub „**ustawa o radcach prawnych**”);
 - d) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 900 z późn. zm.; dalej „**OP**”);
 - e) Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 346 z późn. zm.; dalej „**Ustawa o informatyzacji**”);
 - f) Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2188 z późn. zm.; dalej „**Prawo pocztowe**”);
 - g) Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374, 567 i 568; dalej „**Ustawa o COVID-19**”);
 - h) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 180).

2. Analiza prawna

Uwagi wstępne

- 2.1. **Za przesyłkę hybrydową**¹ w rozumieniu Ustawy o COVID-19 należy uznać przesyłkę poleconą w rozumieniu w art. 3 pkt 22 Prawa pocztowego, która – za zgodą adresata – jest odbierana przez operatora wyznaczonego i przetwarzana do postaci dokumentu elektronicznego, a następnie umieszczana w skrzynce elektronicznej adresata w celu jej doręczenia adresatowi przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej. W rozumieniu ustawy przez przesyłkę poleconą rozumie się również przesyłkę poleconą z potwierdzeniem odbioru, pokwitowaniem odbioru albo elektronicznym potwierdzeniem odbioru (art. 15zuz¹ ust. 4 Ustawy o COVID-19).
- 2.2. Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 15zuz¹⁰ Ustawy o COVID-19, przepisów dotyczących przesyłki hybrydowej nie stosuje się do przesyłek wysyłanych przez sądy i trybunały, prokuraturę i inne organy ścigania oraz przez komornika sądowego, ani do przesyłek wysyłanych do tych organów. W pozostałym zakresie każda przesyłka polecona może stać się na warunkach określonych w Ustawie o COVID-19 przesyłką hybrydową.
- 2.3. Z punktu widzenia działalności pocztowej przesyłka hybrydowa jest sposobem świadczenia usługi pocztowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 Prawa pocztowego, przez operatora wyznaczonego. Ustawowym warunkiem niezbędnym do świadczenia usługi przesyłki hybrydowej jest łączne spełnienie dwóch przesłanek: **wyrażenie zgody przez adresata przesyłki poleconej na doręczenie mu przesyłki hybrydowej oraz udzielenie przez adresata upoważnienia operatorowi wyznaczonemu do odbioru przesyłki poleconej celem jej przekształcenia w przesyłkę hybrydową**, tj. w celu przetworzenia przesyłki poleconej i jej doręczenia w postaci dokumentów elektronicznych na skrzynkę elektroniczną adresata (art. 15zuz² ust. 1 Ustawy o COVID-19). Z brzmienia wspomnianego przepisu Ustawy o COVID-19 (zd. pierwsze) – ze względu na użycie liczby mnogiej („przesyłki”) – wynika, że oświadczenia (zgoda oraz upoważnienie) będą miały charakter blankietowy, bez odnoszenia się do konkretnej wysłanej przesyłki poleconej, a obejmujące wszystkie doręczane tego typu przesyłki. Nie można jednak wykluczyć stosowania przez operatora wyznaczonego oświadczeń o innej treści.

Przesyłka hybrydowa a tajemnica radcy prawnego

- 2.4. Świadczenie usługi przesyłki hybrydowej wiąże się z przekształceniem przez operatora wyznaczonego postaci dokumentu zawartego w przesyłce poleconej (czynnością na dokumencie) i dlatego dla radcy prawnego głównym problemem pozostaje zagwarantowanie tajemnicy zawodowej (tajemnicy radcy prawnego) co do informacji znajdującej się w treści przesyłki.
- 2.5. Jednym z podstawowych warunków wykonywania przez radcę prawnego swojego zawodu jest bowiem obowiązek zachowania przez niego tajemnicy zawodowej, która dotyczy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej

¹ Zwrot „przesyłka hybrydowa” jest używany tylko w przepisie art. 15zuz⁸ ust. 1 i 2 Ustawy o COVID-19.

(art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych). Nie ulega wątpliwości, że dla zachowania tak ustalonego obowiązku radca prawny powinien posługiwać się w komunikacji związanej z wykonywaniem zawodu, której przedmiotem są informacje objęte tajemnicą (np. z klientem, sądem, organem administracji publicznej), tylko takimi środkami, które zapewniają tajemnicę (poufność), tj. niedostępność tych informacji dla osób trzecich. Poczтовая przesyłka polecona skierowana do radcy prawnego lub nadana przez niego jest środkiem gwarantującym zachowanie tajemnicy, ponieważ ogranicza dostęp osób trzecich do treści przekazywanych w piśmie informacji. Uczestnicy korespondencji (nadawca i odbiorca) ustalają swoistą „barierę informacyjną” dla innych, a ich wola musi być respektowana przez osoby trzecie, które powinny się powstrzymać od dostępu do treści przesyłanej korespondencji. Tymczasem elementem usługi przesyłki hybrydowej jest dostęp operatora wyznaczonego do treści przesyłanego pisma i możliwość zapoznania się z treścią tego pisma. Dotyczy to zarówno etapu przekształcania postaci przesyłanego pisma (z papierowej na elektroniczną), jak i późniejszego przechowywania przesyłki przez operatora. Jako niewystarczającą należy uznać gwarancję wprowadzoną w art. 15zuz⁹ pkt 1 ustawy o COVID-19, zgodnie z którym proces przekształcania postaci pisma następuje „bez potrzeby weryfikacji treści (korespondencji – przyp. aut.) z dokumentem w postaci papierowej”. Faktycznie bowiem dostęp do korespondencji i jej treści cały czas istnieje w jednostce organizacyjnej operatora wyznaczonego.

- 2.6. W naszej opinii konstrukcja przesyłki hybrydowej w wersji przewidzianej w znowelizowanej Ustawie o COVID-19 sama w sobie nie narusza tajemnicy zawodowej radcy prawnego ani powiązanej z nią ochrony tajemnicy komunikowania się. Usługa jest bowiem ograniczona podmiotowo, a korzystanie z niej dobrowolne.
- 2.7. Powyższy wniosek wynika z dwóch przyczyn:
- a) w zakresie przesyłek poleconych w komunikacji z sądami i trybunałami, prokuraturą i innymi organami ścigania oraz komornikami sądowymi – wyłączenia stosowania przepisów o przesyłce hybrydowej do korespondencji z tymi podmiotami,
 - b) w zakresie pozostałych przesyłek poleconych – wymogu uzyskania przez operatora wyznaczonego od adresata korespondencji wspomnianych wyżej zgody oraz upoważnienia; **radca prawny będący adresatem przesyłki poleconej, który uważa, że przesyłka hybrydowa narusza tajemnicę zawodową może nie składać takich oświadczeń, uniemożliwiając tym samym stworzenie przesyłki hybrydowej, a przez to dostęp operatora wyznaczonego do treści przesyłki.**
- 2.8. Jednak z drugiej strony niezłożenie przez radcę prawnego wspomnianych oświadczeń, a przez to nieskorzystanie z usługi przesyłki hybrydowej może mieć wpływ na jego sytuację względem innych osób korzystających z tej usługi (zob. pkt 2.10).
- 2.9. Występują zasadnicze wątpliwości co do tego, czy radca prawny może wyrazić blankietową zgodę operatorowi wyznaczonemu, która obejmie wszystkie przesyłki polecone kierowane do radcy prawnego. Należy tu wziąć pod uwagę, że w momencie wyrażania takiej zgody radca prawny nie zna treści przesyłanej korespondencji, a w niektórych przypadkach nie może nawet przewidzieć, że taka korespondencja zostanie do niego skierowana. Jednocześnie powinien on przyjąć założenie, że wszystkie

przesyłki polecane skierowane do niego, a związane z czynnościami zawodowymi radcy prawnego, mogą zawierać informacje objęte tajemnicą.

- 2.10. Należy jednak zaznaczyć, że radca prawny, który nie wyrazi zgody na stosowanie przesyłki hybrydowej (tj. na to, aby operator pocztowy odbierał przesyłki polecane, dokonywał ich przetworzenia do postaci dokumentu elektronicznego i doręczał przesyłki polecane w postaci dokumentów elektronicznych na skrzynkę elektroniczną radcy prawnego), może znaleźć się w konkretnych sytuacjach w mniej korzystnej sytuacji faktycznej niż osoby, które wyraziły zgodę na takie rozwiązanie. W tej samej sprawie przesyłka w postaci papierowej zostanie doręczona do radcy prawnego później niż do innych uczestników czynności (adresatów pisma), którzy korzystają z usługi przesyłki hybrydowej. Ponadto, w związku z obecną sytuacją istnieje dalej idące ryzyko opóźnienia w doręczaniu tradycyjnych przesyłek poleconych, a nawet ryzyko ich niedostarczenia do adresata.
- 2.11. Tylko na marginesie opinii zauważamy, że właściwym kierunkiem zmian w obecnej sytuacji jest naszym zdaniem rozszerzenie i uproszczenie bezpośredniej elektronicznej komunikacji prawników profesjonalnych z sądami i innymi organami władzy publicznej. Ten kierunek realizował projektowany przepis art. 15zzv Ustawy o COVID-19², jednak nie odnosimy się do niego w dalszej części opinii z uwagi na to, że nie został on przyjęty.
- 2.12. Niezależnie od powyższej oceny konstrukcji przesyłki hybrydowej w kontekście tajemnicy zawodowej radcy prawnego, należy zgłosić dalsze krytyczne uwagi szczegółowe do przepisów dotyczących przesyłki hybrydowej, które odnoszą do:
- zapewnienia bezpieczeństwa informacji w korespondencji podlegającej doręczeniu elektronicznemu – zarówno oryginału w postaci papierowej jak i doręczanej elektronicznej kopii,
 - technicznego sposobu doręczenia, daty doręczenia oraz fikcji doręczenia.

Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji

- 2.13. Zastrzeżenia dotyczą bezpieczeństwa informacji zawartych w korespondencji (tj. poufności i dostępności informacji) w zakresie następujących kwestii:
- zapewnienia bezpieczeństwa informacji w korespondencji przetworzonej do dokumentu elektronicznego na etapie doręczania adresatowi;
 - zapewnienia bezpieczeństwa informacji w korespondencji przechowywanej przez operatora pocztowego w postaci zarówno papierowej, jak i elektronicznej.

² Projekt przepisu według brzmienia zawartego w projekcie ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw; druk sejmowy nr 299.

Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji przetworzonej do dokumentu elektronicznego na etapie wysyłania do adresata

- 2.14. W ocenie autorów występują zastrzeżenia co do zapewnienia bezpieczeństwa informacji w korespondencji przetworzonej do dokumentu elektronicznego na etapie jej doręczenia adresata – dotyczą one sposobu identyfikacji adresata będącego:
- osobą fizyczną,
 - innym podmiotem prawa (osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej).
- 2.15. Zgodnie z art. 15zuz¹ ust. 3 Ustawy o COVID-19, usługa przesyłki hybrydowej jest przeznaczona tylko dla osób fizycznych posiadających profil zaufany w rozumieniu art. 3 pkt 14 Ustawy o informatyzacji. Według definicji zawartej w tym przepisie „profil zaufany” to środek identyfikacji elektronicznej zawierający zestaw danych identyfikujących i opisujących osobę fizyczną, która posiada pełną albo ograniczoną zdolność do czynności prawnych, wydany na warunkach określonych w przepisach o informatyzacji.
- 2.16. Korespondują z tym kolejne przepisy: art. 15zuz⁶ ust. 1 pkt 1 Ustawy o COVID-19 zobowiązuje operatora pocztowego do zapewnienia jednoznacznej identyfikacji adresata będącego osobą fizyczną, a z ust. 2 tego artykułu wynika, że adresat będący osobą fizyczną będzie miał możliwość uwierzytelnienia się w systemie operatora pocztowego za pomocą profilu zaufanego. W świadczeniu usługi przesyłki hybrydowej ustawodawca zatem korzysta z funkcji profilu zaufanego, który ma zapewnić uwierzytelnienie osoby fizycznej przy użyciu tego środka identyfikacji elektronicznej w systemie operatora.
- 2.17. Jednocześnie z innych przepisów Ustawy o COVID-19 wynika, że to operator wyznaczony ma ustalić własne zasady elektronicznego doręczenia przesyłki hybrydowej, w tym identyfikacji adresata przy tym doręczaniu. Z przepisu art. 15zuz² ust. 1 Ustawy o COVID-19 wynika, że przetworzona do postaci elektronicznej korespondencja zostanie umieszczona w celu doręczenia „na skrzynce elektronicznej adresata”. Natomiast według art. 15zuz⁷ Ustawy o COVID-19 operator wyznaczony określa zasady identyfikacji adresata w regulaminie usługi.
- 2.18. Wobec powyższego nie jest jasne, jaka jest relacja między możliwością uwierzytelnienia się przez adresata za pomocą profilu zaufanego w systemie operatora dla potrzeb korzystania z usługi przesyłki hybrydowej, a sposobami identyfikacji adresata, które miałyby być określone w regulaminie usługi, w szczególności dlaczego ustawodawca w istocie przyznaje operatorowi kompetencje do wprowadzania własnych sposobów identyfikacji, skoro usługa jest skierowana wyłącznie do osób posiadających profil zaufany. Poza tym dokument elektroniczny ma zostać doręczany poprzez „skrzynkę elektroniczną adresata”.
- 2.19. Druga wątpliwość dotyczy „skrzynki elektronicznej adresata”, które to pojęcie nie jest definiowane, ani w inny sposób wyjaśniane w przepisach prawa. W szczególności nie zostały określone w przepisach prawa warunki:
- tworzenia, wykorzystywania, ważności i unieważniania skrzynki elektronicznej,

- identyfikacji i uwierzytelniania użytkownika skrzynki w zakresie odbioru doręczanej korespondencji, w szczególności w jaki sposób ma nastąpić czynność potwierdzania odbioru korespondencji przez adresata.
- 2.20. Podsumowując, na gruncie przyjętych przepisów nie wiadomo, czym jest skrzynka elektroniczna adresata i jakie są zasady jej funkcjonowania, w tym w jaki sposób następuje potwierdzanie w tej skrzynce odbioru przesyłek przez adresata. Naszym zdaniem w sposób nieakceptowalny prawodawca rezygnuje z określenia chociaż podstawowych zasad prawnych w tym zakresie, które wpływają na poziom bezpieczeństwa korespondencji i informacji tam zawartych. Według przyjętych przepisów powyższe zasady ma jednostronnie określić operator wyznaczony, bez ingerencji innych podmiotów.
- 2.21. Odrębnym problemem jest identyfikacja innych niż osoba fizyczna adresatów przesyłek hybrydowych. Należy zwrócić uwagę na rozróżnienie występujące w art. 15zuz⁶ ust. 1 Ustawy o COVID-19, ponieważ w przypadku osób fizycznych (adresatów korespondencji) operator wyznaczony „jest obowiązany do zapewnienia jednoznacznej identyfikacji” (pkt 1), natomiast w przypadku innych adresatów niż osoba fizyczna (tj. osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej) operator już tylko „może” zapewnić taką jednoznaczną identyfikację adresata (podmiotu lub osób uprawnionych do reprezentacji), z zastrzeżeniem, że „operator wyznaczony ma takie możliwości techniczne” (pkt 2). Powyższe świadczy, że ustawodawca nie rozwiązał problemu elektronicznej identyfikacji innych adresatów niż osoby fizyczne i „przerzucił” to na operatora wyznaczonego, jednak z góry przewidując opcję, że operator także tego problemu nie rozwiąże. Przypomnieć należy, że Ustawa o COVID-19 odnosi się do profilu zaufanego, który jest środkiem identyfikacji elektronicznej dotyczącym tylko osoby fizycznej. Prawodawca nie będzie miał również żadnego wpływu, czy i w jaki sposób będzie następowała identyfikacja innych podmiotów niż osoba fizyczna oraz osób reprezentujących te podmioty, a zatem również na zapewnienie wystarczającego poziomu bezpieczeństwa usługi.

Zapewnienie bezpieczeństwa informacji w korespondencji przechowywanej przez operatora pocztowego w postaci papierowej i w postaci elektronicznej

- 2.22. Zastrzeżenia budzą również prawne zasady bezpieczeństwa informacji zawartych w korespondencji przechowywanej przez operatora zarówno w postaci papierowej jak i w postaci elektronicznej, w szczególności w kontekście potrzeby zapewnienia poufności i dostępności informacji.

Bezpieczeństwo informacji w korespondencji przechowywanej w postaci papierowej

- 2.23. Zgodnie z art. 15zuz² ust. 1 zd. 2 Ustawy o COVID-19: „W upoważnieniu adresat uzgadnia z operatorem wyznaczonym sposób postępowania z odebranymi przesyłkami poleconymi”. Z tego przepisu wynika, że zasady przechowywania korespondencji w postaci papierowej będą wynikać z treści upoważnienia, którego operatorowi wyznaczonemu będzie udzielał adresat przed otrzymywaniem korespondencji w postaci elektronicznej. W tym upoważnieniu ma znaleźć się informacja **o sposobie postępowania z odebranymi przesyłkami poleconymi**, przez co należy rozumieć odebraną przez operatora wyznaczonego korespondencję w postaci papierowej. W

praktyce sposoby te będą zależne od operatora i przewidzianych przez niego możliwości technicznych, na które adresat przesyłki może nie mieć żadnego wpływu. Ustawodawca nie wskazuje żadnych konkretnych rozwiązań w tym zakresie. W naszej opinii to jednak prawodawca powinien określić przynajmniej opcje, z których może korzystać adresat korespondencji. W szczególności należy również zwrócić uwagę, że przepisy dotyczące przesyłki hybrydowej nie zawierają obowiązkowego minimalnego ani maksymalnego okresu przechowywania korespondencji w postaci papierowej. Nie ustalono także w jakim okresie dokumenty będą dostępne dla adresata, przynajmniej w sytuacjach, gdy dostęp do nich jest obiektywnie konieczny dla adresata. Co więcej, w przepisach w ogóle nie przyznano adresatowi prawa dostępu do oryginału przesyłki poleconej, co w konkretnych sytuacjach wydaje się niezbędne (np. ze względów dowodowych, nieczytelności odwzorowania cyfrowego lub zastrzeżeń co do integralności przekazanego dokumentu elektronicznego).

- 2.24. W naszej opinii należy określić obligatoryjne okresy przechowywania, co ma na celu w szczególności zapewnienie dostępności papierowych oryginałów korespondencji dla adresata. Adresat powinien mieć dostęp do informacji jak długo ma możliwość np. odbioru przesyłek w postaci papierowej od operatora. Określenie okresu przechowywania dokumentów służy również zapewnieniu jednej z podstawowych zasad przetwarzania danych osobowych określonej w RODO (zasada ograniczenia przechowywania; art. 5 ust. 1 lit. e) RODO), zgodnie z którą dane osobowe muszą być przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby, której dane dotyczą, przez okres nie dłuższy, niż jest to niezbędne do celów, w których dane te są przetwarzane. Powyższa zasada dotyczy korespondencji zawierającej dane osobowe. Operator pocztowy nie powinien zatem przechowywać dokumentów papierowych dłużej niż jest to niezbędne do realizacji celów wynikających z Ustawy o COVID-19, ale postulowane jest, aby to prawodawca dookreślił ten okres.

Bezpieczeństwo informacji w korespondencji przechowywanej w postaci elektronicznej

- 2.25. W zakresie zapewnienia bezpieczeństwa informacji w korespondencji przechowywanej w postaci elektronicznej zastrzeżenia budzi nieokreślenie obligatoryjnych i maksymalnych okresów przechowywania tych dokumentów przez operatora wyznaczonego. W przepisach dotyczących przesyłki hybrydowej brak jest jakichkolwiek przepisów, które wskazywałyby na zasady postępowania przez operatora wyznaczonego z korespondencją w postaci elektronicznej po jej zeskanowaniu i doręczeniu adresatowi.
- 2.26. Podobnie jak w przypadku korespondencji w postaci papierowej obligatoryjny okres przechowywania powinien zostać określony ze względu na zasadę dostępności informacji – adresat powinien mieć zapewnioną możliwość dostępu tak długo jak operator pocztowy będzie przechowywał elektroniczne odwzorowania korespondencji skierowanej do niego.
- 2.27. Ponadto zalecane jest również określenie maksymalnych okresów przechowywania ze względu na zasadę ograniczonego przechowywania z art. 5 ust. 1 lit. e) RODO, zgodnie z którym dane osobowe muszą być przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby, której dane dotyczą, przez okres nie dłuższy, niż jest to niezbędne do celów, w których dane te są przetwarzane. Podobnie jak w przypadku dokumentacji papierowej, operator pocztowy powinien stosować się do tej zasady przy

przechowywaniu dokumentów w postaci elektronicznej, co sprowadza się do tego, aby nie były one przechowywane dłużej niż jest to niezbędne do realizacji celów wynikających z Ustawy o COVID-19. Tak jak w przypadku korespondencji w postaci papierowej postulowane jest, aby prawodawca dookreślił ten okres.

- 2.28. Należy również podkreślić, że w zakresie ochrony danych osobowych operator wyznaczony jako administrator w rozumieniu art. 4 pkt 7 RODO jest obowiązany stosować pozostałe przepisy RODO, w tym w szczególności dotyczące uwzględnienia ochrony danych w fazie projektowania oraz domyślnej ochrony danych (art. 25 RODO) oraz zapewnienia bezpieczeństwa danych osobowych (art. 32 RODO) zarówno gdy dokonuje przetwarzania danych osobowych samodzielnie lub też powierza przetwarzanie danych osobowych innemu podmiotowi na podstawie art. 28 RODO, o czym mowa poniżej.

Problem potencjalnego outsourcingu usług przez operatora wyznaczonego

- 2.29. Zagadnienie dopuszczalności outsourcingu usług przez operatora wyznaczonego dotyczy zarówno korespondencji przechowanej w postaci papierowej, jak i w postaci elektronicznej. W pierwszym przypadku będzie chodzić przede wszystkim o zlecenie skanowania korespondencji lub archiwizacji dokumentacji papierowej, a w drugim przypadku o przechowywanie korespondencji w postaci elektronicznej na zewnętrznych serwerach w ramach usług hostingu. Kwestia dostępu do treści korespondencji dalszych podmiotów (przede wszystkim innych przedsiębiorców) świadczących usługi dla operatora wyznaczonego ma znaczenie ze względu na potencjalną dużą skalę przechowywanych informacji w ramach usługi przesyłki hybrydowej oraz zakresu informacji zawartych w tych przesyłkach („wrażliwości” tych informacji).
- 2.30. Obecnie ani przepisy dotyczące przesyłki hybrydowej, ani Prawo pocztowe nie przewidują zakazu outsourcingu usług przez operatora wyznaczonego, jak również dodatkowych warunków, które powinien spełnić zleceniobiorca, co w praktyce może oznaczać, że informacje objęte tajemnicą pocztową znajdują się w posiadaniu zewnętrznych podmiotów.

Outsourcing na gruncie Prawa pocztowego

- 2.31. Obecnie potencjalne ograniczenia w zakresie outsourcingu mogą wynikać wyłącznie z przepisów dotyczących tajemnicy pocztowej (art. 41-42 Prawa pocztowego). Zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa pocztowego **tajemnica pocztowa obejmuje informacje przekazywane w przesyłkach pocztowych**, informacje dotyczące realizowania przekazów pocztowych, dane dotyczące podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz **dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług**.
- 2.32. Zgodnie z art. 41 ust. 2 Prawa pocztowego **do zachowania tajemnicy pocztowej są obowiązani**: (1) operator pocztowy oraz (2) **osoby, które z racji wykonywanej działalności mają dostęp do tajemnicy pocztowej**. Do takich osób potencjalnie mogą należeć podmioty, którym operator pocztowy zleca wykonywanie usług, które są objęte tajemnicą pocztową. Z art. 41 ust. 2 pkt 2) Prawa pocztowego wyłącznie pośrednio można wnioskować, że outsourcing usług pocztowych objętych tajemnicą pocztową jest dopuszczalny. Jednakże ze względu na istotę tajemnicy pocztowej i

korrespondencji nią objętej, przy jednoczesnym braku prawnego wyjątku od tej tajemnicy związanego z outsourcingiem, możliwe jest jednak zajęcia stanowiska odmiennego i dlatego postulujemy, aby ustawodawca jednoznacznie przesądził dopuszczalność takiej działalności.

- 2.33. Warto również wskazać, że zgodnie z art. 42 ust. 6 Prawa pocztowego operator pocztowy jest obowiązany do zachowania należytej staranności w zakresie uzasadnionym względami technicznymi lub ekonomicznymi przy zabezpieczaniu urządzeń i obiektów wykorzystywanych przy świadczeniu usług pocztowych oraz zbiorów danych przed ujawnieniem tajemnicy pocztowej, co również może być traktowane jako wskazówka ograniczająca możliwość outsourcingu, w ramach którego podmiot świadczący usługę miałby dostęp do treści korespondencji.

Outsourcing a przepisy o ochronie danych osobowych

- 2.34. Z perspektywy prawa ochrony danych osobowych kwestię powierzenia przetwarzania danych osobowych reguluje art. 28 RODO oraz wyjaśnia również motyw 81 RODO. Zgodnie z art. 28 ust. 1 RODO to na operatorze wyznaczonym jako administratorze danych osobowych zawartych w korespondencji będzie ciążył obowiązek korzystania wyłącznie z takich podmiotów, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych. Obowiązek ten został opisany bardziej szczegółowo w motywie 81 RODO, w którym wskazano, że administrator powinien, powierzając podmiotowi przetwarzającemu czynności przetwarzania, korzystać z usług wyłącznie podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje jeżeli chodzi o wiedzę fachową, wiarygodność i zasoby. Innymi słowy przepisy o ochronie danych osobowych dopuszczają zlecenie przez administratora przetwarzania danych osobowych w jego imieniu przez inny podmiot po przeprowadzeniu sprawdzenia, czy potencjalny zleceniobiorca spełnia te wymogi. Ponadto art. 28 ust. 3 RODO wskazuje na elementy, które powinny się znaleźć w umowie powierzenia przetwarzania danych. W przypadku zlecenia usług związanych z przesyłką hybrydową należy jednak rozważyć wprowadzenie w prawie krajowym dodatkowych warunków dla podmiotów świadczących te usługi operatorowi, a to ze względu na: (i) szczególny charakter tej usługi, w ramach której następuje przetwarzanie informacji objętych tajemnicą pocztową, oraz (ii) potrzebę ustanowienia w związku z tym bardziej szczegółowych i rygorystycznych wymagań w stosunku do tych określonych w RODO.

Postulaty

- 2.35. Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty rekomendowane jest rozważenie wprowadzenia przez ustawodawcę jednego z dwóch rozwiązań służących zapewnieniu w większym stopniu poufności informacji, w tym danych osobowych:
- wprowadzenie zakazu outsourcingu przez operatora wyznaczonego (co może jednak powodować praktyczne trudności z realizacją przez operatora wyznaczonemu powierzonych zadań) lub
 - wprowadzenie dodatkowych wymagań dla podmiotu zewnętrznego w przypadku zlecenia mu przez operatora wyznaczonego realizacji usługi, takich jak:

- realizacja usługi bez dostępu do samej treści korespondencji stanowiącej przedmiot przesyłki hybrydowej w przypadku usług niewymagających takiego dostępu,
- jednoznaczne rozciągnięcie tajemnicy pocztowej, o której mowa w art. 41 Prawa pocztowego na podmioty zewnętrzne i ich pracowników, którym operator wyznaczony zleca usługi,
- określenie dodatkowych, minimalnych zabezpieczeń technicznych i organizacyjnych informacji.

Techniczny sposób doręczenia, data doręczenia oraz fikcja doręczenia

2.36. Odrębne wątpliwości dotyczą określenia na podstawie znowelizowanych przepisów:

- technicznego sposobu doręczenia,
- daty doręczenia przesyłki,
- domniemania doręczenia w przypadku braku potwierdzenia otrzymania przesyłki,

ponieważ pozostają one:

- 1) sprzeczne z przepisami procesowymi dotyczącymi elektronicznych doręczeń pism zawartymi w Kodeksie postępowania administracyjnego oraz w Ordynacji podatkowej,
- 2) mniej korzystne dla adresata pisma w stosunku do sposobów określonych w w/w ustawach procesowych,

jak również powodują one:

- 3) niepewność w zakresie sposobu potwierdzania otrzymania przesyłki oraz zasad ustalania daty doręczenia poprzez brak ustawowego określenia tych kwestii.

2.37. Zgodnie z art. 15zuz² ust. 2 Ustawy o COVID-19: *„Datą doręczenia przesyłki jest data zapoznania się przez odbiorcę z dokumentem zamieszczonym na skrzynce elektronicznej adresata. W razie braku zapoznania się dokument uznaje się za doręczony po upływie 14 dni od zamieszczenia dokumentu”*, natomiast ust. 3 stanowi, że *„Operator wyznaczony przesyła na adres elektroniczny wskazany przez adresata zawiadomienie zawierające informację, że doręczono na skrzynkę elektroniczną adresata dokument elektroniczny”*.

2.38. Natomiast stosownie do art. 15zuz⁷ Ustawy o COVID-19 operator wyznaczony świadczy usługę, o której mowa w art. 15zuz¹ ust. 1 Ustawy o COVID-19 na podstawie regulaminu usługi, który w szczególności określa zasady odbioru przesyłek.

2.39. Należy zauważyć, że ustawodawca nie określa technicznego sposobu potwierdzenia odbioru dokumentu, czy też zapoznania się z treścią dokumentu. Ustalenie zasad odbioru e-dokumentu zostaje przeniesione do regulaminu świadczenia usługi. Jedyną czynnością dookreśloną ustawowo w procesie odbierania dokumentu elektronicznego jest przesłanie adresatowi na jego adres elektroniczny dodatkowej informacji o „doręczeniu” dokumentu na jego elektroniczną skrzynkę. Według tego rozwiązania treść komunikatu to sama informacja o „doręczeniu”, a właściwie wydaje się, że o udostępnieniu e-dokumentu na koncie adresata („skrzynce elektronicznej”). Przepisy

nie określają, w jaki sposób operator wyznaczony wchodzi w posiadanie tego adresu elektronicznego. Można tylko przypuszczać, że nastąpi to podczas uzyskiwania zgody na doręczenie elektroniczne przesyłki hybrydowej lub w upoważnieniu. W przepisach nie wskazano także terminu przesłania tej informacji w stosunku do terminu zamieszczenia samego e-dokumentu na koncie adresata („skrzynce elektronicznej”). Termin ustalenia domniemania doręczenia liczony jest od dnia zamieszczenia e-dokumentu w skrzynce, który szczególnie w sytuacjach spornych jest trudny do zweryfikowania przez odbiorcę pisma.

- 2.40. Ponadto zauważalna jest niekonsekwencja w stosowanej terminologii, ponieważ przepisy odnoszą się do „zamieszczenia dokumentu na skrzynce elektronicznej” (art. 15zzu² ust. 2 Ustawy o COVID-19) oraz „doręczenia dokumentu na skrzynkę elektroniczną” (art. 15zzu² ust. 3 Ustawy o COVID-19), przy czym wydaje się, że pozostaje to ta sama czynność, w wyniku której dokument elektroniczny udostępniony jest do odbioru na koncie („skrzynce”) adresata. Większe wątpliwości budzi użycie zwrotów „zapoznanie się z dokumentem” (art. 15zzu² ust. 2 Ustawy o COVID-19) oraz „odbior dokumentu” (art. 15zzu⁷ Ustawy o COVID-19), które przecież mogą nie być tożsame czasowo, a odnoszą się do dat, które mają znaczenie dla liczenia terminów od daty doręczenia dokumentu.
- 2.41. Problem w tym, że odmiennie powyższe kwestie regulują ustawy procesowe prawa administracyjnego, które zajmują się doręczeniami dokumentów elektronicznych. Powyższej kwestii dotyczą art. 46 § 3-10 KPA oraz art. 152 § 3 i art. 152a OP, a także przepisy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, do których odsyłają wspomniane przepisy procesowe. Ograniczenie podmiotowe zawarte w art. 15zzu¹⁰ Ustawy o COVID-19 zawężające obowiązywanie przepisów o przesyłce hybrydowej nie ma zastosowania do przesyłek wysyłanych przez organy administracji publicznej oraz organy podatkowe ani do przesyłek wysyłanych do tych organów. W związku z tym przedmiotem przesyłki hybrydowej mogą być pisma w postępowaniach prowadzonych na podstawie Kodeksu postępowania administracyjnego oraz Ordynacji podatkowej.
- 2.42. W dwóch wymienionych powyżej ustawach procesowych występuje zbliżona konstrukcja dwuetapowego elektronicznego doręczenia, którą pokrótce przedstawimy na przykładzie KPA i czynności organu administracji publicznej. Do czynności doręczania znajdują również zastosowanie – w zakresie przewidzianych w KPA - przepisy o informatyzacji, przede wszystkim wykonującego ustawę o informatyzacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 180).
- 2.43. W pierwszym etapie na adres elektroniczny odbiorcy przesyłane jest zawiadomienie (informacja) o możliwości odebrania przez odbiorcę doręczanego dokumentu. Wnoszący podanie jest obowiązany wskazać adres elektroniczny w podaniu (art. 63 § 3a pkt 3 KPA). W drugim etapie następuje potwierdzenie odebrania i samo odebranie przez odbiorcę dokumentu elektronicznego z systemu teleinformatycznego organu administracji publicznej, poprzez „elektroniczne podpisanie” przez zidentyfikowanego odbiorcę urzędowego poświadczenia odbioru (dalej „**UPO**”).

- 2.44. Zawiadomienie o możliwości odebrania jest przesyłane na adres elektroniczny odbiorcy po wydaniu przez organ samego doręczanego dokumentu elektronicznego i jego umieszczeniu w systemie teleinformatycznym w ten sposób, że jest on dostępny dla odbiorcy. Na zawiadomienie składają się trzy elementy: (i) informacja o możliwości odbioru e-dokumentu, (ii) wskazanie adresu, z którego adresat może pobrać pismo i pod którym powinien dokonać potwierdzenia doręczenia pisma oraz (iii) pouczenie dotyczące sposobu odbioru pisma, a w szczególności sposobu identyfikacji pod wskazanym adresem elektronicznym w systemie teleinformatycznym organu administracji publicznej, oraz informację o wymogu podpisania urzędowego poświadczenia odbioru w określony sposób.
- 2.45. Przesłanie zawiadomienia jest ponawiane przez organ administracji („powtórne zawiadomienie”), jeżeli w terminie 7 dni od dnia wysłania pierwszego zawiadomienia odbiorca dokumentu nie odebrał go w systemie teleinformatycznym. W żaden sposób nie potwierdza się doręczenia samego zawiadomienia. We wzorowanej na przepisach dotyczących doręczenia tradycyjnego regulacji o e-doręczeniach przyjmuje się domniemanie doręczenia w sytuacji, gdy odbiorca nie odebrał doręczanego pisma w terminie 14 dni, licząc od dnia przesłania pierwszego zawiadomienia (doręczenie uznaje się za dokonane po upływie tego terminu). Doręczane pismo musi być dostępne w systemie teleinformatycznym nie tylko w terminie 14 dni od dnia wysłania pierwszego zawiadomienia, ale także później w przypadku uznania pisma za doręczone (przez okres co najmniej 3 miesiące od dnia tego uznania) w ten sposób, aby umożliwić adresatowi pisma dostęp do jego treści, a dodatkowo do informacji o dacie uznania pisma za doręczone i datach wysłania dwóch zawiadomień.
- 2.46. Szczegółowy techniczny sposób doręczenia został określony przepisach o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, tj. w Ustawie o informatyzacji oraz w przepisach wykonawczych do niej. Według nich system teleinformatyczny podmiotu publicznego dokonującego doręczenia (w tym wypadku organu prowadzącego postępowanie) musi zapewnić obsługę procesu doręczenia poprzez poświadczenie doręczenia (dalej „PD”), jako szczególnego rodzaju UPO. Przepisy rozporządzenia rozróżniają dwa rodzaje PD: potwierdzone oraz niepotwierdzone.
- 2.47. Potwierdzone PD stanowi dokument stwierdzający skuteczne dokonanie elektronicznego doręczenia. System teleinformatyczny podmiotu publicznego doręczającego (organu prowadzącego postępowanie) udostępnia adresatowi PD, które zawiera określone informacje o nadawcy, adresacie, piśmie i sprawie, w której pismo zostało wydane, a także o samym momencie doręczenia. Adresat dokumentu potwierdza otrzymanie doręczanego dokumentu poprzez opatrzenie PD określonym podpisem.
- 2.48. Po „podpisaniu” przez adresata PD system teleinformatyczny służący do obsługi doręczeń bezpośrednio po zakończeniu procesu weryfikacji podpisu elektronicznego udostępnia adresatowi do pobrania doręczany dokument elektroniczny wraz z podpisanym przez niego poświadczeniem doręczenia, a jednocześnie udostępnia organowi doręczającemu podpisane poświadczenie doręczenia. Z kolei z niepotwierdzonym PD mamy do czynienia, gdy adresat pisma nie podpisze w terminie UPO. Wówczas system teleinformatyczny podmiotu publicznego (organu

prowadzącego postępowanie) służący do obsługi doręczeń automatycznie generuje informację wskazującą, że nie wpłynęło w terminie potwierdzone PD.

2.49. Podstawowe różnice między doręczeniem hybrydowym (zgodnie z przepisami dotyczącymi przesyłki hybrydowej) oraz doręczeniem na podstawie ustaw procesowych polegają na:

- 1) bardziej szczegółowej treści zawiadomienia (informacji) o możliwości odebrania pisma przesyłanego na podstawie ustaw procesowych, które dzięki pouczeniom pełni funkcję gwarancyjną dla odbiorcy pisma,
- 2) ponownemu wysyłaniu zawiadomienia (informacji), w przypadku gdy dokument nie zostanie odebrany,
- 3) ustaleniu w przepisach procesowych, że data domniemania doręczenia jest liczona od dnia przesłania do adresata zawiadomienia (informacji), a nie od daty zamieszczenia e-dokumentu na koncie użytkownika, tak jak dzieje się to w przypadku „przesyłki hybrydowej” (druga z tych dat pozostaje nie do zweryfikowania przez odbiorcę dokumentu),
- 4) szczegółowym określeniu w przepisach o informatyzacji sposobu odbioru (doręczenia) e-dokumentu w ustawach procesowych, podczas gdy w przypadku „doręczenia hybrydowego” zasady odbioru mają wynikać z regulaminu świadczenia usług operatora wyznaczonego,
- 5) określenie w przepisach procesowych co się dzieje z nieodebranymi e-dokumentami, podczas gdy w przypadku „doręczenia hybrydowego” zasady odbioru mają wynikać z regulaminu świadczenia usług.

2.50. Wobec powyższego, jeśli korespondencja przekazywana przesyłką hybrydową stanowi jednocześnie pismo procesowe, to rozwiązania Ustawy o COVID-19 oraz ustaw procesowych pozostają ze sobą w kolizji, co w praktyce spowoduje konieczność zastosowania reguł kolizyjnych. Należy jednocześnie zaznaczyć, że przepisy procesowe są bardziej precyzyjne i wynika z nich wyższy poziom gwarancji dla odbiorcy pisma (uczestnika postępowania). Dlatego też do „przesyłek hybrydowych” przepisy procesowe powinny – z mocy prawa – znaleźć co najmniej odpowiednie stosowanie, jeżeli przesyłka taka stanowi jednocześnie pismo procesowe w postępowaniu. Wymaga to wprowadzenia zmian do w przyjętej przez Sejm Ustawy o COVID-19 poprzez wprowadzenie przepisów odsyłających do omówionych przepisów ustaw procesowych (przynajmniej w zakresie przesyłek zawierających pisma procesowe w postępowaniach) lub wprowadzenia do Ustawy o COVID-19 regulacji niekolidujących z ustawami procesowymi.

Opinia sporządzona w Kancelarii Traple, Konarski, Podrecki i Wspólnicy na zlecenie Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

Opracowali:

dr Grzegorz Sibiga

Dominika Nowak

Katarzyna Syska