

Legislatívna analýza „spamu“

Situácia v oblasti regulácie nevyžiadanej elektronickej pošty na Slovensku je veľmi podobná situácii v Českej republike. U nás pripadá pri do úvahy uplatnenie ustanovení zákona č. 147/2001 Z. z. o reklame v znení zákona č. 23/2002 Z. z. (ďalej len „zákon o reklame“), ako aj zákona č. 610/2003 Z. z. o elektronických komunikáciách.

Reklamu definuje zákon o reklame v ustanovení § 2 ods. 1 písm. a) ako prezentáciu produktov v každej podobe s cieľom uplatniť ich na trhu. Negatívne vymedzenie reklamy obsahuje § 2 ods. 2. Všeobecné požiadavky na reklamu ďalej upravuje § 3 zákona o reklame. V § 3 ods. 6 je veľmi dôležité ustanovenie, podľa ktorého sa reklama nesmie šíriť automatickým telefonickým volacím systémom, telefaxom a elektronickou poštou bez predchádzajúceho súhlasu ich užívateľa, ktorý je príjemcom reklamy. Touto formuláciou zákon o reklame spresnil určenie prostriedkov, ktorými je šírenie reklamy zakázané. Predchádzajúca právna úprava, zákon č. 220/1996 Z. z. totiž zakazoval podľa § 4 ods. 2 šírenie reklamy „telefonicky, telefaxom alebo prostredníctvom počítačovej siete.“ Výkladom tohto ustanovenie bolo možné dospieť k záveru, že reklamu nemožno šíriť elektronickou poštou. Súčasná úprava zakázaných spôsobov šírenie reklamy je v porovnaní s predchádzajúcou úpravou užšia, nakoľko elektronická pošta je len jednou z mnohých možných foriem šírenia reklamy v počítačovej sieti.

Zo znenia citovaných ustanovení zákona o reklame v praxi jednoznačne vyplýva, že nevyžiadaná komerčná elektronická pošta je na Slovensku zákonom zakázaná. Zákonodarca pritom zvolil legislatívny prístup „opt-in“. Podobný účel má aj § 3 ods. 7 zákona o reklame, ktorý zakazuje adresné šírenie reklamy, pokiaľ jej adresát doručenie reklamy vopred odmieta.

Je však nepopierateľným faktom, že ustanovenia zákona o reklame, ktoré majú za cieľ potlačiť spam, sú v boji s ním neúčinné a patria k tým, ktoré bývajú najčastejšie porušované. Pritom už predchádzajúca úprava – zákon č. 220/1996 Z. z. bol kritizovaný za vyslovene problematickú možnosť vymáhania ustanovení o zákaze šírenia reklamy počítačovou sieťou. Ani nový zákon o reklame nepriniesol v tejto oblasti zmenu.

Obtiažna aplikácia zákona o reklame je spôsobená predovšetkým skutočnosťou, že viac ako 90 % pôvodcov spamu má sídlo v USA. V USA spam nebol do 1. januára 2004 v prevažnej väčšine štátov legislatívne upravený a od 1. januára 2004 je v podstate dovolený.

Dovoľujeme si tvrdiť, že na Slovensku prakticky neexistuje používateľ elektronickej pošty, ktorý by sa so spamom nestretol, napriek tomu že už len doručenie takejto reklamnej správy elektronickej pošty predstavuje porušenie zákona o reklame zo strany odosielateľa správy.

Porušenie zákona o reklame doručením správy nemusí byť jediným porušením zákona. Ďalšie porušenie zákona o reklame, prípadne aj iných zákonov, môže predstavovať samotný obsah správy. Veľmi často spam svojím obsahom propaguje lieky dostupné len na lekársky predpis, ponuky preparátov na zlepšenie potencie (Viagra a podobné preparáty), anabolické steroidy či iné liečivá. Takúto reklamu zakazuje § 8 zákona o reklame. Obsah spamu môže tiež byť v rozpore s pravidlami hospodárskej súťaže a môže napĺňať niektoré znaky nekalej súťaže ako sú definované v ustanoveniach § 44 – § 52 Obchodného zákonníka. Rovnako môže obsah spamu byť v rozpore s dobrými mravmi.

Ochrana proti nevyžiadanej elektronickej pošte, ktorú poskytuje zákon o reklame nie je dokonalá. Už z definície reklamy je jasné, že jej cieľom je uplatnenie produktov na trhu, teda v konečnom dôsledku jej širiteľovi ide o dosiahnutie komerčného zisku. No pokiaľ je rozposlaná nevyžiadaná elektronickej pošta, ktorá obsahuje určité informácie, avšak nie je zameraná na dosiahnutie zisku a uplatnenie na trhu, nepôjde o reklamu. A práve preto, že nepôjde o reklamu, nebude porušený ani zákon o reklame a pôvodca takéhoto spamu nebude môcť byť postihnutý.

Každý, komu bol bez jeho predchádzajúceho súhlasu doručený spam, sa môže obrátiť na orgán štátneho dozoru. Tieto orgány sú celkovo štyri. Štátna veterinárna a potravinová správa Slovenskej republiky vykonáva dozor nad reklamou potravín a podobných komodít. Štátny ústav pre kontrolu liečiv vykonáva dozor nad reklamou liekov a dojčenských prípravkov a následných doplnkových prípravkov. Štátny ústav pre kontrolu veterinárnych liečiv vykonáva dozor nad reklamou veterinárnych liečiv. Vo všetkých ostatných prípadoch je príslušným orgánom štátneho dozoru Slovenská obchodná inšpekcia.

Za porušenie zákona o reklame môže orgán štátneho dozoru uložiť pokutu. V prípade šírenia nevyžiadanej reklamy elektronickej poštou to podľa § 11 ods. 3 písm. b) môže byť pokuta až do výšky dvoch miliónov korún. Napriek uvedeným sankciám je celý mechanizmus na ochranu spotrebiteľa nefunkčný, a to z rovnakých dôvodov, ako je tomu aj v Českej republike.

Nevyžiadaná komunikácia je však novo upravená ustanovením § 65 zákona č. 610/2003 Z. z. o elektronických komunikáciách, ktorý bol prijatý 3. decembra 2003 a účinnosť nadobudol 1. januára 2004. Podľa ods. 1 tohto ustanovenia je elektronickej poštou akákoľvek textová, hlasová, zvuková či obrazová správa zaslaná prostredníctvom verejnej siete, ktorú možno uložiť v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu, kým si ju príjemca nevyzdvihne. Podľa § 65 ods. 2 je na účely priameho marketingu dovolené volanie, zasielanie faksimilných správ, správ elektronickej pošty vrátane služby krátkych správ užívateľovi len s jeho predchádzajúcim súhlasom. Za súhlas sa považuje aj súhlas osoby, ktorú užívateľ splnomocnil na používanie svojho prístupu k sieti. Udelený súhlas možno kedykoľvek odvolať. Je zakázané zasielanie elektronickej pošty na účely priameho marketingu, z ktorej nie je známa totožnosť a adresa odosielateľa, na ktorú môže užívateľ zaslať žiadosť o skončenie zasielania takých správ.

Slovenské právo zakazuje v zákone o reklame a v zákone o elektronických komunikáciách šírenie reklamy prostredníctvom elektronickej pošty bez predchádzajúceho súhlasu adresáta. Pre takto šírenú reklamu navyše zakazuje odosielanie správ, ktoré neuvádzajú totožnosť a adresu odosielateľa, aby bolo možné takéto správy namietat'. To znamená, že slovenský právny poriadok je v súlade s ustanoveniami článku 13 (4) Smernice 2002/58/EC o súkromí a elektronických komunikáciách.