

Opinia Fundacji Panoptykon do projektu ustawy o ochronie małoletnich przed dostępem do treści szkodliwych w internecie

Wstęp

Uprzejmie dziękujemy za przekazanie projektu ustawy do konsultacji. Doceniamy fakt, że Ministerstwo Cyfryzacji dostrzegło i podjęło istotny problem związany z ekspozycją dzieci na szkodliwe treści dostępne w internecie. Jednocześnie, jako organizacja zajmująca się ochroną praw cyfrowych, dla której jednym z priorytetów jest działanie na rzecz ograniczania szkodliwych skutków funkcjonowania wielkich platform internetowych, chcielibyśmy zgłosić kilka wątpliwości dotyczących szczegółowych rozwiązań zawartych w projekcie. Dotyczą one w szczególności zaproponowanego mechanizmu obowiązkowej weryfikacji wieku, który ma zostać nałożony na usługodawców internetowych „oferujących dostęp do treści pornograficznych”, oraz możliwości nałożenia sankcji (w tym blokady dostępu do danej witryny i nałożenia kar finansowych) związanych z niedopełnieniem tego obowiązku.

Rozumiejąc argumenty przedstawione przez projektodawcę, które przemawiają za wdrożeniem omawianych środków, chcielibyśmy jednocześnie zwrócić uwagę na fakt, że ich zastosowanie może wiązać się z poważną ingerencją w szereg praw podstawowych. Dotyczy to w szczególności prawa do prywatności oraz prawa do ochrony danych osobowych użytkowników internetu (podkreślimy: osób, które w tym przypadku w żaden sposób nie naruszają prawa, np. legalnie korzystając ze stron pornograficznych). Ponadto proponowany mechanizm niesie ryzyko ograniczenia swobody wypowiedzi, gdyż zakłada możliwość blokowania dostępu do stron internetowych, które – choć zgodnie z proponowaną regulacją mogłyby być uznane za „szkodliwe” – nadal zawierają w pełni legalne treści.

Dlatego też, niezależnie od wagi problemu, na który ma odpowiedzieć proponowana ustawa, projektodawca powinien uwzględnić nie tylko potencjalne korzyści wynikające z wprowadzenia projektowanych rozwiązań, ale również związane z nimi „koszty”. Tym bardziej, że z analizy naszej sieci European Digital Rights (EDRi)¹, a także stanowisk prezentowanych przez niektóre organy państwowe, takie jak francuski organ ochrony danych osobowych (CNIL)², wynika, że w istocie nie istnieje dziś w pełni „bezpieczny” (z punktu widzenia prywatności i ochrony danych), a

¹ <https://edri.org/our-work/policy-paper-age-verification-cant-childproof-the-internet/>

² <https://www.cnil.fr/en/online-age-verification-balancing-privacy-and-protection-minors>

zarazem w pełni skuteczny mechanizm weryfikacji wieku, jaki mogliby zastosować usługodawcy internetowi. Projekt ustawy w żadnej mierze nie rozwiewa tych wątpliwości, przenosząc dyskusję o konkretnych mechanizmach weryfikacji wieku na poziom „zaleceń”, które mają zostać wydane na gruncie ustawy w późniejszym terminie.

Dodatkowo, nie należy zapominać, że mechanizm weryfikacji wieku to jedynie jedno z wielu narzędzi, które może przyczynić się przeciwdziałania negatywnym skutkom ekspozycji osób małoletnich na tzw. szkodliwe treści w internecie, ale z pewnością nie można przeceniać jego znaczenia i oczekiwać, że w całości rozwiąże ten problem. Kompleksowa odpowiedź na to zagrożenie wymaga przede wszystkim wymuszenia systemowych zmian w funkcjonowaniu niektórych usług internetowych (w szczególności największych platform społecznościowych), ale także szeregu działań np. z zakresu edukacji czy zagwarantowania wsparcia psychologicznego.

Uwzględniając powyższe, aby uniknąć nieproporcjonalnej ingerencji w prawa podstawowe, którą mogą wywołać proponowane w projekcie rozwiązania, kluczowe jest zapewnienie w nim jednocześnie mechanizmów minimalizujących ryzyko nadmierowego stosowania tych środków (tak, aby m.in. możliwie zredukować niebezpieczeństwo instrumentalnego wykorzystywania omawianej regulacji do ograniczania swobody wypowiedzi). Poniżej chcielibyśmy wskazać kilka elementów projektu, które w tym kontekście wymagają, naszym zdaniem, doprecyzowania lub ponownego rozważenia w ramach dalszych prac legislacyjnych.

Brak jasno określonego kręgu usługodawców zobowiązanych do wprowadzenia mechanizmu weryfikacji wieku

Z kluczowe uznajemy to, aby ustawa jasno określała, którzy usługodawcy i w jakich okolicznościach będą zobowiązani do wprowadzenia mechanizmu weryfikacji wieku. W naszej ocenie zaproponowane przepisy są w tym zakresie nieprecyzyjne, a sposób sformułowania kręgu adresatów ww. obowiązku – zbyt szeroki. W projekcie posłużono się określeniem „usługodawców oferujących dostęp do treści pornograficznych” (art. 4 ust. 1), a także zamiennie – jak się wydaje szerszym pojęciem – „domen umożliwiających dostęp do treści pornograficznych bez uprzedniej weryfikacji wieku” (art. 6 ust.1). O ile nie budzi większych wątpliwości to, że pojęcia te obejmują serwisy, które opierają swoją działalność na rozpowszechnianiu pornografii, nie jest jasne, czy odnoszą się także do innych stron internetowych, na których takie materiały mogą pojawić się incydentalnie, często wbrew deklarowanym intencjom ich właścicieli oraz stanowią niewielką część treści względem wszystkich publikowanych tam materiałów. Trudno więc określić na gruncie tak sformułowanego przepisu, w jakim zakresie obowiązek ten odnosi się chociażby do wielkich platform społecznościowych, mniejszych platform, takich jak np. „Wykop.pl” czy wszelkich stron hostujących treści zamieszczane przez użytkowników, w tym np. internetowych stron prasy zawierających sekcję komentarzy. Choć nie są to witryny nakierowane na dystrybucję treści pornograficznych, mogą stać się kanałem rozpowszechniania takich

materiałów na skutek zamieszczania tego typu publikacji przez osoby trzecie. Jeśli intencją projektodawcy jest to, aby wszystkie tego rodzaju serwisy wprowadziły weryfikację wieku, takie rozwiązanie budzi istotne wątpliwości z perspektywy zgodności z zasadą proporcjonalności.

W naszej ocenie krąg adresatów ww. obowiązku powinien zostać ograniczony do głównych kanałów dostępu dzieci do pornografii (znane nam analizy sugerują, że są to przede wszystkim platformy, które specjalizują się w dystrybucji treści pornograficznych³). Ewentualnie art. 4 powinien przynajmniej jasno wykluczać z ww. kręgu tych usługodawców, którzy intencjonalnie, co do zasady, nie zamieszczają czy nie dopuszczają publikacji tego rodzaju treści oraz podejmują adekwatne działania mające na celu chronić małoletnich na wypadek, gdyby zostały one jednak rozpowszechnione za pośrednictwem ich serwisów przez osoby trzecie.

Brak definicji pojęcia „treści pornograficzne”

Przy tak szerokim ujęciu kręgu adresatów obowiązku wprowadzenia weryfikacji wieku, wątpliwości budzi również rezygnacja z definicji „treści pornograficznych”. Projektodawca uzasadnia tę decyzję, odwołując się do istnienia „wieloletniego dorobku orzeczniczego, doktrynalnego i międzynarodowego”, w których wypracowano definicję tego pojęcia, co – jego zdaniem – sprawia, że definiowanie go w projektowanej ustawie „nie jest potrzebne”.

Jednocześnie przytoczone w uzasadnieniu projektu przykłady definicji „treści pornograficznych” mają bardzo zróżnicowany charakter, dowodząc raczej, że we wspomnianym dorobku orzeczniczym, doktrynalnym i międzynarodowym brakuje konsensusu co do zakresu tego pojęcia i trudno uznać go za jednoznaczny punkt odniesienia, na którym mógłby w przyszłości oprzeć się Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dokonując oceny zgłaszanych mu treści. Niektóre z przytoczonych definicji kładą nacisk na takie aspekty, jak główny cel rozpowszechniania danego materiału w postaci „wywołania podniecenia seksualnego u odbiorcy”, podczas, gdy inne ograniczają się do wskazania, że do uznania danego materiału za pornografię wystarczy „prezentacja czynności seksualnych człowieka”. Uwzględniając istnienie takich rozbieżności, brak definicji „treści pornograficznych” w ustawie może prowadzić do tego, że wykładnia tego pojęcia przez Prezesa UKE (dodajmy - organ, dla którego będzie to całkowicie nowa materia) może powodować istotne trudności interpretacyjne w ocenie konkretnych spraw. W efekcie dokonywana przez niego wykładnia może mieć mocno nieprzewidywalny i rozszerzający charakter.

W szczególności obawiamy się, że w tym stanie rzeczy wprowadzenie obowiązkowej weryfikacji wieku może zostać rozszerzone na strony oferujące np. treści z zakresu edukacji seksualnej, treści o charakterze naukowym czy artystycznym, w tym przez witryny prowadzone przez organizacje społeczne. Ponadto obawiamy się, że brak definicji „treści pornograficznych” będzie sprzyjał instrumentalnemu wykorzystywaniu ustawy jako narzędzia w walce ideologicznej, dodatkowo zwiększając ryzyko nadmiarowego ograniczania dostępu do nie tylko w pełni legalnych, ale także

³ NASK, nastolatki wobec pornografii cyfrowej. Trajektorie użytkowania, 2022, str. 8

społecznie pożytecznych treści, w tym takich, które powinny być łatwo dostępne również (a czasem w szczególności) dla osób poniżej 18 roku życia. Uważamy, że dookreślenie tego pojęcia w ustawie przyczyniłoby się do zminimalizowania ww. ryzyk.

Jeśli chodzi natomiast o drugi argument podnoszony przez projektodawcę przeciwko wprowadzeniu definicji „treści pornograficznych”, tj. obawę, iż narzucenie zbyt sztywnych ram pojęciowych mogłoby „przyczynić się do nieuzasadnionego ograniczenia ochrony”, wydaje się, że w dużej mierze zależy to od konkretnej propozycji zdefiniowania tego pojęcia. Trudno więc odnieść się do tej obawy w sytuacji, gdy projektodawca takiej propozycji ostatecznie nie sformułował. Mając za punkt odniesienia określoną propozycję definicji, można byłoby zastanowić się nad jej ograniczeniami (generalnie jednak wydaje się, że problemem definicji pojęcia „treści pornograficznych” jest raczej to, że może być ono interpretowane nadmiernie szeroko, a nie zbyt wąsko).

Reasumując, brak zdefiniowania w ustawie „treści pornograficznych” sprzyja w naszej ocenie, ryzyku nadużywania tego pojęcia, które może prowadzić do nieuzasadnionej ingerencji w prawa podstawowe. Dostrzegamy zatem przeważające nad ryzykami korzyści z wprowadzenia takiej definicji, nawet jeśli nie obejmie ona 100% przypadków rozpowszechnienia treści pornograficznych (ale odpowie np. na 90% problemu). Ewentualnie można również rozważyć wprowadzenie do ustawy wyłączeń precyzujących, że pojęcie to nie odnosi się do treści rozpowszechnianych w ramach działalności artystycznej, naukowej i edukacyjnej.

Brak definicji „treści szkodliwych” i niejasne korzyści wynikające z obowiązku przeprowadzenia analizy ryzyka w zaproponowanym kształcie

Nasze wątpliwości budzi również art. 3 projektu ustawy, który dotyczy obowiązku „przeprowadzenia i udokumentowania analizy ryzyka związanego z umożliwieniem małoletniemu dostępu do treści szkodliwych”. Obowiązek ten ma objąć bardzo szeroki katalog podmiotów: wszystkich usługodawców internetowych (m.in. wszystkie osoby i instytucje prowadzące jakiegokolwiek strony internetowe). Po pierwsze, i tym razem projektodawca nie zdefiniował kluczowego w tym kontekście pojęcia „treści szkodliwych”, które – bez udzielenia jakichkolwiek wskazówek – może być interpretowane w bardzo dowolny sposób, generując znacznie poważniejsze kontrowersje, niż wspomniany wcześniej zakres pojęcia „treści pornograficznych”.

Po drugie, z naszej perspektywy obowiązek dokonania oceny ryzyka, z którego nie wynikają żadne dalej idące obowiązki (np. obowiązek wprowadzenia odpowiednich środków minimalizujących zidentyfikowane ryzyka), ma dość ograniczoną wartość i wątpliwe jest, czy przełoży się na jakiegokolwiek zwiększenie poziomu ochrony małoletnich w sieci. Dodatkowo wyjaśnienia wymaga, czy przepis ten wnosi jakąkolwiek korzyść w kontekście już obowiązujących wymogów związanych z mechanizmem oceny ryzyka, którą mają obowiązek przeprowadzać bardzo duże platformy internetowe i bardzo duże wyszukiwarki internetowe na gruncie art. 34-35

Aktu o usługach cyfrowych (DSA), m.in. również pod kątem „możliwych zagrożeń dla ochrony zdrowia publicznego i małoletnich, oraz poważnych negatywnych skutków dla fizycznego i psychicznego dobrostanu osoby”. Ponadto, zgodnie z DSA, wszystkie platformy dostępne dla małoletnich mają obowiązek wprowadzić „odpowiednie i proporcjonalne środki, aby zapewnić wysoki poziom prywatności, bezpieczeństwa i ochrony małoletnich w ramach świadczonych przez siebie usług” (art. 28 ust. 1 DSA), co wydaje się dalej idącym wymogiem, niż ten wynikający z aktualnego brzmienia art. 3 projektu, przewidującego sam obowiązek identyfikacji tego rodzaju ryzyk. Przede wszystkim jednak art. 28 ust. 1 DSA może być również podstawą działań Koordynatora Usług Cyfrowych podjętych w reakcji na stwierdzone nadużycia w tym obszarze.

Biorąc to wszystko pod uwagę, wydaje się, że jeśli chodzi o największe platformy i wyszukiwarki, na gruncie obowiązujących regulacji istnieje już analogiczny obowiązek dokonywania przez nie analizy ryzyka (przy czym przewidziany w DSA mechanizm oceny ryzyka jest znacznie bardziej kompleksowy – wiąże się z koniecznością wprowadzenia środków ograniczających stwierdzone ryzyka, przeprowadzenia niezależnego audytu etc.). Obowiązujące prawo przewiduje ponadto pewne narzędzia umożliwiające reagowanie na zagrożenia dla małoletnich także na mniejszych platformach. Odrębnym zagadnieniem jest problem ze skutecznym egzekwowaniem ww. obowiązków, jednak wprowadzenie projektowanego art. 3 w żadnej mierze tej kwestii nie rozwiąże. Dodatkowo obowiązek z art. 3 nie obejmie dostawców stron internetowych oferujących materiały pornograficzne (których dotyczy art. 4 projektu ustawy). W praktyce więc art. 3 nie wniesie w zasadzie nic nowego w odniesieniu do działalności podmiotów, które są głównym źródłem ekspozycji małoletnich na tzw. szkodliwe treści, natomiast nałoży dodatkowy obowiązek na bardzo szeroką grupę podmiotów, która w zdecydowanej większości tego rodzaju zagrożeń w ogóle nie generuje, przy jednocześnie niejasnych korzyściach, na które miałyby się przełożyć realizacja tego wymogu (ponieważ samo dokonanie oceny ryzyka nie zwiększa poziomu ochrony).

Pozostałe uwagi

pozytywnie oceniamy natomiast te elementy projektu, które odwołują się do rozwiązań wzmacniających ochronę danych osobowych w związku ze stosowaniem mechanizmów weryfikacji wieku. W szczególności wspieramy wykluczenie wykorzystania w tym zakresie metod biometrycznych, zakaz wykorzystania danych przetwarzanych na potrzeby weryfikacji wieku w innym celu, obowiązek konsultowania z Prezesem Urzędu Ochrony Danych Osobowych wytycznych dotyczących mechanizmów weryfikacji wieku, które ma wydawać Minister Cyfryzacji w porozumieniu z Prezesem UKE, a także obowiązek zawiadomienia PUODO w sytuacji, gdy Prezes UKE poweźmie wątpliwości co do zgodności danego mechanizmu weryfikacji wieku wykorzystywanego przez usługodawcę z zasadami ochrony danych. Dobrym rozwiązaniem wydaje się także możliwość włączenia NASK w procedurę oceny zasadności kwalifikacji treści udostępnianych przez usługodawcę jako treści pornograficznych, co może istotnie wesprzeć Prezesa UKE w realizacji nowych zadań wynikających z ustawy.

Cieszy nas ponadto, że w proponowanym postępowaniu przed Prezesem UKE uwzględniono takie standardy z zakresu sprawiedliwości proceduralnej, jak np. obowiązek powiadomienia usługodawcy o zamiarze dokonania wpisu w rejestrze stron podlegających blokowaniu oraz możliwość uprzedniego przedstawienia przez niego stanowiska w sprawie. Nie do końca zasadna wydaje nam się natomiast procedura ponownego zbadania sprawy przez Prezesa UKE na gruncie sprzeciwu złożonego przez usługodawcę. Z doświadczenia innych organów wiemy, że prowadzi to raczej do nieuzasadnionego przedłużania postępowania, a organy regulacyjne rzadko dokonują rewizji pierwotnych decyzji. Pewne wątpliwości budzi także propozycja kierowania skargi od decyzji Prezesa UKE o wpisaniu domeny do rejestru do sądu administracyjnego, który nie jest organem doświadczonym w rozstrzyganiu sporów z zakresu swobody wypowiedzi, a dodatkowo charakterystyka postępowania sądownoadministracyjnego, skoncentrowana na ocenie legalności decyzji wydanej przez organ administracji publicznej, nie odpowiada specyfice tego rodzaju sporów. W naszej ocenie kontrola sądowa decyzji Prezesa UKE powinna obejmować możliwość merytorycznego zbadania sprawy (oceny i ewentualnej weryfikacji, czy w istocie mamy do czynienia z „treściami pornograficznymi”) i w związku z tym należałoby rozważyć możliwość wprowadzenia tzw. modelu hybrydowego, w którym odwołania od decyzji Prezesa UKE będą rozpatrywane przez sąd powszechny.