

Warszawa, 19 września 2019

Departament Polityki Międzynarodowej  
Ministerstwa Cyfryzacji  
ul. Królewska 27  
00-060 Warszawa

**STANOWISKO FUNDACJI PANOPTYKON I FUNDACJI CENTRUM CYFROWE  
w sprawie koncepcji stworzenia Kodeksu usług cyfrowych  
(Digital Services Act)**

**1. Uwagi wstępne**

Dziękujemy za możliwość wczesnego zajęcia stanowiska w sprawie Digital Service Act - regulacji, która będzie miała fundamentalne znaczenie dla kształtowania praw użytkowników usług cyfrowych, nie tylko w wymiarze indywidualnym, ale również społecznym. Deklarujemy zainteresowanie tym procesem legislacyjnym oraz gotowość zaangażowania się w wypracowywanie konkretnych propozycji. W ramach sieci europejskich partnerstw podmiotów społecznych (European Digital Rights EDRI, Communia Association), które współtworzymy, analizujemy możliwe rozwiązania regulacyjne i będziemy angażować się w debatę publiczną na ich temat. Nie mniej jednak, ze względu na szeroki zakres rozważanej regulacji oraz nowatorski charakter niektórych z konsultowanych pomysłów, sygnalizujemy, że potrzebujemy na ten proces czasu.

Liczymy na to, że będziemy gotowi do przedstawienia konkretnych propozycji regulacyjnych w styczniu 2020 roku. W tym momencie, odpowiadając na zadane pytania, możemy jedynie podzielić się ogólnymi przemyśleniami i zaznaczyć kierunek rozwiązań, który wydaje się potrzebny, aby nie wpaść w pułapkę fragmentarycznej, "silosowej" regulacji platform internetowych.

## Negatywne skutki społeczne

Zarówno Fundacja Panoptykon, jak i Fundacja Centrum Cyfrowe od lat zaangażowane są w różnego typu procesy legislacyjne, które silosowo wpływają na kwestię ram prawnych funkcjonowania platform internetowych (RODO, e-privacy, prawo autorskie, treści o charakterze terrorystycznym i inne). Dotychczasowe działania regulacyjne nie przyniosły zamierzonych efektów, głównie ze względu na tradycyjne podejście regulacyjne, które nie jest w stanie odpowiedzieć na wyzwania, jakie stwarza internet platform. Dlatego też naszym zdaniem niezbędne są zmiany w podejściu do regulacji platform, szczególnie ze względu na wpływ jaki podmioty te wywierają zarówno na prawa użytkowników internetu, ale też na dobro wspólne i interes społeczny. Zjawiska takie jak mikrotargetowanie, profilowanie, filtrowanie treści czy bańki informacyjne generowane przez sieci społecznościowe wpływają zarówno na stan debaty publicznej, jakość mediów i zdrowie psychiczne. Działalność innych platform o dominującej pozycji - m.in. platform e-commerce czy platform ekonomii współdzielenia - przynosi kolejne wyzwania, takie jak ograniczenie konkurencji na rynku czy erozja praw pracowników i pogłębienie nierówności ekonomicznych. W wielu wypadkach działalność platform internetowych generuje nieproporcjonalne zyski dla ich właścicieli, jednocześnie wytwarzając negatywne efekty zewnętrzne dla reszty społeczeństwa. Wobec natury tych problemów, proces legislacyjny zmierzający do ich rozwiązania musi być otwarty na rzeczywisty udział wielu interesariuszy, w tym strony społecznej.

## Potrzeba nowego podejścia regulacyjnego

Dotychczasowe podejście, traktujące platformy internetowe jako *hosting providers* wydaje się przestarzałe, ze względu na zmianę modelu biznesowego platform, szczególnie tych największych, oraz dysproporcję władzy i wiedzy pomiędzy platformami a ich użytkownikami. Nie sprawdził się również model samoregulacji, który zakłada, że dominujące platformy internetowe same rozwiążą problemy, jakie wygenerował ich model biznesowy, a jednocześnie pozostawia im ogromną swobodę zarówno w określaniu problemu, jak i wypracowywaniu rozwiązań. W ostatnich latach obserwujemy, jak podmioty prywatne stały się specjalistami ds. przeciwdziałania radykalizacji, trenerami kompetencji cyfrowych, strażnikami otwartego dziennikarstwa i policją zajmującą się cyberbezpieczeństwem. Musimy zmienić to myślenie i kluczową rolę w regulacji tego ekosystemu przekazać instytucjom publicznym, stojącym na straży interesów społecznych.

Stary paradygmat regulacyjny opierał się na założeniu, że wszystkie podmioty oferujące „usługi elektroniczne” mają te same cechy i charakterystykę. Ta diagnoza już dawno przestała być prawdziwa - nie tylko mamy wiele rodzajów platform opartych na różnych modelach biznesowych, ale mamy również firmy działające w środowisku konkurencyjnym oraz firmy, które tworzą lub kontrolują całe rynki. Dominujący gracze muszą być traktowani inaczej niż ci mniejsi, w oparciu o założenie, że **im większa władza, tym większa odpowiedzialność.**

## **2. Zdefiniowanie podmiotów dominujących oraz potrzeba stworzenia regulatora o odpowiednich kompetencjach do nadzorowania ich działań**

Dostrzegamy potrzebę wypracowania definicji podmiotów, w szczególności platform internetowych (rozumianych tak jak w Rozporządzeniu w sprawie propagowania sprawiedliwości i przejrzystości dla użytkowników biznesowych korzystających z usług pośrednictwa internetowego), które zbudowały na właściwym sobie rynku pozycję dominującą. Decyzje organów ochrony konkurencji, jak i samej Komisji Europejskiej, potwierdzają, że globalne platformy internetowe mają pozycję dominującą na niektórych rynkach. Problem, który diagnozujemy, polega na tym, że w obecnym systemie prawnym nie można stosować żadnych środków wobec platformy internetowej o *de facto* dominującej pozycji bez wcześniejszego stwierdzenia tego faktu w postępowaniu, które może trwać bardzo długo i dotyczy tylko tej konkretnej sprawy.

Uważamy, że w stosunku do takich podmiotów powinny być stosowane środki strukturalne (np. zakaz wertykalnej integracji usług) oraz dodatkowe obowiązki w stosunku do innych firm i użytkowników internetu (np. zakaz usuwania treści, które wg. europejskich standardów zasługują na ochronę jako przejaw wolności słowa; większa przejrzystość algorytmów odpowiedzialnych za dobór wyświetlanych treści). Tego celu regulacyjnego nie da się zrealizować bez wprowadzenia do przepisów prawa twardych kryteriów różnicujących podmioty mniejsze i dominujące.

Pisząc o tej regule świadomie unikamy odwołania do kryterium dominacji rynkowej, ponieważ ma ono charakter względny i ocenny. Dodatkowe obostrzenia powinny dotyczyć podmiotów, których wielkość oraz pozycja na rynku powodują, że są one w stanie kształtować warunki działania innych firm i narzucać użytkownikom arbitralne rozwiązania, nawet w przypadku ich otwartego sprzeciwu. Szukając kryteriów różnicujących platformy na małe i (zbyt) duże, ustawodawca powinien wziąć pod uwagę m.in.: liczbę użytkowników platformy, ilość generowanego ruchu, poziom przychodów, dynamikę i czas trwania wzrostu platformy, skalę i charakter wpływu na strukturę rynków, na których działa, liczbę kontrolowanych podmiotów i kanałów dystrybucji a także, coś co jest niezwykle trudne do uchwycenia ale jednak kluczowe - wpływ na życie społeczne.

W tym kontekście na poparcie zasługuje pomysł utworzenia nowego regulatora o charakterze sektorowym (na wzór URE czy UKE) i silnych kompetencjach nadzorczych w stosunku do platform internetowych. Taki organ powinien blisko współpracować z organami o "horyzontalnych" kompetencjach - w szczególności (w polskich realiach) UODO oraz UOKiK-iem. Jego zadaniem byłoby egzekwowanie dodatkowych obowiązków oraz stosowanie/nadzorowanie realizacji środków strukturalnych (takich jak zakaz/cofnięcie wertykalnej integracji usług). Należy również rozważyć umocowanie regulatora na poziomie UE, aby jego działalność wzmacniała jednolity rynek cyfrowy.

### 3. Moderacja treści zamieszczanych przez użytkowników

Zdajemy sobie sprawę, że kwestia moderacji treści przez platformy internetowe jest jedną z najbardziej kontrowersyjnych i problematycznych. Jednocześnie zwracamy uwagę na to, że ta sytuacja wynika z modelu biznesowego dominujących platform internetowych, który wyklucza pluralizm i nie pozwala na społeczną moderację treści. Uważamy, że przekazanie kontroli nad zasadami moderacji treści w ręce społeczności bądź podmiotów zaufania publicznego częściowo rozwiązałoby ten problem.

W kontekście tradycyjnego podejścia do moderacji treści (dokonywanego jednostronnie przez operatorów platform, na których treści są umieszczane) rekomendujemy następujące zasady:

1. Należy utrzymać obecne ograniczenia odpowiedzialności platform za treści naruszające prawo. Warunkiem powstania takiej odpowiedzialności powinna pozostać faktyczna wiedza o naruszeniu prawa, pochodząca z notyfikacji użytkownika lub uprawnionego organu.
2. Bezdyskusyjnie opowiadamy się za nienakładaniem na platformy obowiązku monitorowania treści zamieszczanych przez użytkowników.
3. Wyłączenie odpowiedzialności za treści nie może jednak oznaczać zwolnienia z odpowiedzialności za własne działania platform internetowych np. w ramach polityki moderowania treści. Jakakolwiek forma moderacji treści (np. algorytmiczna selekcja informacji) powinna iść w parze z dodatkowymi obowiązkami, w szczególności obowiązkiem ujawnienia zasad działania algorytmu odpowiedzialnego za dobór treści.
4. Nowa regulacja powinna dotyczyć tylko nielegalnych treści (w rozumieniu tych zakazanych przez prawo) i nie powinna regulować treści chronionych przez wolność słowa, nawet jeśli są one niepożądane społecznie, czy też mogą potencjalnie wyrządzić szkodę w pewnych okolicznościach. Platforma internetowa powinna móc zdecydować się na szersze wyłączenia (dotyczące również treści niepożądanych, lecz legalnych), jednak w takim przypadku musi spełniać dodatkowe obowiązki wspomniane powyżej. Uważamy również, że należy rozważyć zakaz usuwania treści legalnych, a niepożądanych przez platformy dominujące, ze względu na ich możliwość kształtowania dyskursu publicznego i wpływania na debatę polityczną.
5. Niezbędny jest również sprawnie działający i przejrzysty system *notice and take down*, zróżnicowany w zależności od treści których dotyczy, który umożliwia zainteresowanym stronom, użytkownikom i innym podmiotom skuteczne powiadamianie pośredników o nielegalnych treściach, ale też dochodzenie swoich praw w przypadku, gdy ich treści zostały usunięte niezgodnie z zasadami. Taki system powinien przewidywać odpowiednie ramy czasowe, które umożliwią osobom poszkodowanym skorzystanie z prawa do sądu i innych praw podstawowych.
6. Wreszcie, potrzebne jest stworzenie mechanizmu, który uniemożliwiłby platformom internetowym nadmierne ograniczanie wolności słowa w internecie, np. poprzez wprowadzenie roszczeń za bezzasadne blokowanie/usuwanie treści legalnych oraz procesowych gwarancji dla użytkowników. W szczególności postulujemy:

- wprowadzenie skutecznego i odpowiednio szybkiego trybu odwoławczego od decyzji platform o usunięciu treści, z uwzględnieniem drogi sądowej przystosowanej do rozpatrywania takich spraw;
- wprowadzenie dodatkowych obowiązków związanych ze sprawozdawczością i transparentnością platform internetowych.

#### **4. Przejrzystość targetowania i rozliczalność algorytmów**

Biorąc za punkt wyjścia gwarancje już przewidziane w RODO (por. art. 22), uważamy, że prawo europejskie powinno gwarantować wysoki standard przejrzystości oraz rozliczalność automatycznie podejmowanych decyzji (z wykorzystaniem algorytmów) nawet, jeśli nie opierają się one na danych osobowych lub są podejmowane z udziałem człowieka (a algorytm ma charakter pomocniczy). Kluczowym kryterium, za którym idą dodatkowe obostrzenia dla zastosowania algorytmów, powinien być wpływ wspieranych przez te algorytmy decyzji na sytuację (prawną, ekonomiczną lub psychologiczną) jednostki lub grupy społecznej. Jeśli ten wpływ jest istotny (nie tylko jeśli jest negatywny i nie tylko jeśli wywołuje skutki prawne), twórcy systemów wykorzystujących algorytmy w procesie podejmowania decyzji powinni mierzyć się z dodatkowymi obowiązkami.

W stosunku do platform internetowych (nie tylko większych lub uznanych za dominujące) należy wprowadzić dodatkowe obowiązki w sferze audytu, ludzkiego nadzoru (rozliczalności), przejrzystości oraz *due process* (zagwarantowania uczciwej procedury oraz prawa do interwencji człowieka) w sytuacji, gdy platforma wykorzystuje algorytmy do moderowania, filtrowania lub dobierania treści wyświetlanych użytkownikom. Innymi słowy, z każdym działaniem władczym platformy, które przekłada się na to, do jakich informacji lub usług mają dostęp jej użytkownicy, powinna iść odpowiedzialność (a konkretnie adekwatne, przewidziane prawnie gwarancje).

Jesteśmy w trakcie wypracowywania modelowych rozwiązań, które będą w stanie zapewnić przejrzystość i rozliczalność algorytmów na różnych poziomach (od oczekiwanego przez użytkownika po niezbędny z perspektywy regulatora czy nauki). Kierunkowa rekomendacja jest taka, że dla każdego systemu, w ramach którego algorytm wspiera lub zastępuje człowieka oraz którego działanie może mieć istotny wpływ na dobrostan jednostki lub grupy społecznej, podmiot odpowiedzialny za jego zaprojektowanie powinien zapewnić:

1. ogólne i powszechnie dostępne wyjaśnienie zasad jego działania (w tym oczekiwany przypadek użycia, ograniczenia i ryzyka, rodzaj i generację użytego algorytmu, źródła wykorzystywanych danych i spodziewane wyniki - tzw. *output data*);
2. indywidualne wyjaśnienie dla każdego użytkownika, którego dotyczy automatyczna decyzja, obejmujące powody takiej a nie innej decyzji oraz faktycznie wykorzystane dane osobowe;
3. ocenę ryzyka i wpływu tego systemu na otoczenie oraz dokumentację istotnych decyzji technicznych (takich jak wybór funkcji strat lub tzw. metryk sprawiedliwościowych), która posłuży organowi regulacyjnemu.

Ten standard przejrzystości i rozliczalności algorytmów można i należy zastosować również do działań platform internetowych, które profilują swoich użytkowników w celach reklamowych. Regulacja wymagająca ujawnienia szczegółowych kryteriów targetowania oraz gwarantująca użytkownikom realny wpływ na to, jakie treści do nich docierają, nie powinna ograniczać się do reklamy politycznej, ani tylko do treści sponsorowanych.

Kierunek, który badamy i będziemy w swoich analizach rozwijać, zakłada faktyczne przekazanie kontroli nad tym, jakie cele (zadania) realizują algorytmy odpowiedzialne za dobór wyświetlanych treści samym użytkownikom lub ich zorganizowanym grupom. Co istotne, praktyczna możliwość zrealizowania tego pomysłu jest uzależniona od zrealizowania innego postulatu, o którym piszemy niżej, czyli interoperacyjności platform internetowych.

## **5. Interoperacyjność i uspołecznienie danych**

Zapewnienie interoperacyjności platform oraz otwartego dostępu do różnorodnych danych zbieranych i generowanych przez platformy jest niezbędne nie tylko dla zapewnienia rozwoju gospodarki opartej na danych i jej konkurencyjności, ale też podniesienia standardu ochrony praw użytkowników platform. Zapewnienie interoperacyjności danych zmieni podstawową filozofię przyświecającą zarządzaniu danymi przez platformy, dzisiaj opartą na idei *walled garden* (ogrodzonej przestrzeni, kontrolowanej przez właściciela platformy). Prawo do przenoszenia danych przez użytkowników - szczególnie w ograniczonej postaci przewidzianej w RODO - nie jest w stanie zrealizować tego celu. Zwiększa wprawdzie możliwość wyboru usług przez konsumentów, ale pozostawia na rynku monopolistyczne platformy, które zachowują kontrolę nad wiedzą wygenerowaną w oparciu o dane miliardów ludzi.

Unia Europejska powinna wspierać otwarte ekosystemy, wykorzystujące otwarte i zdecentralizowane standardy dla interfejsów API. Tworzy to warunki dla rozwoju rozwiązań, które konkurują nie tylko ceną, ale etycznym charakterem oferowanych usług. Niezbędne są dodatkowe analizy, które wykażą, czy takie etyczne platformy mają szansę powstać w wyniku konkurencji rynkowej, czy też ich rozwój powinien być wspierany ze środków publicznych (np. proponowanego European Future Fund).

Zapewnienie interoperacyjności powinno się odbywać przy jednoczesnym zagwarantowaniu wysokich standardów ochrony danych osobowych i cyberbezpieczeństwa - tak by uniknąć sytuacji, w której dzięki interoperacyjności jeszcze większa ilość podmiotów zacznie wykorzystywać dane o użytkownikach wbrew interesowi publicznemu. Kluczowym wyzwaniem będzie przy tym zapewnienie anonimizacji współdzielonych danych. Opowiadamy się również przeciw tworzeniu jakichkolwiek nowych praw własności do danych - wychodząc z założenia, że surowe dane nie powinny być przedmiotem praw własności intelektualnej.

Minimalny poziom interoperacyjności powinien zakładać zapewnienie dostępu do serwisu społecznościowego konkurencyjnym usługodawcom, korzystającym ze wspólnego *social graph* i podstawowych danych o użytkownikach. Należy też rozważyć scenariusze zakładające szerszą interoperacyjność danych zbieranych i generowanych przez platformy (oraz inne podmioty korzystające z ich interoperacyjnej infrastruktury).

Polska powinna również w ramach prac nad Digital Services Act promować koncepcję traktowania nieprzetworzonych, nieosobowych danych jako dobra wspólnego - przedstawioną w projekcie "Polityki rozwoju sztucznej inteligencji w Polsce".

Regulacja platform powinna zapewnić dostęp do danych nie tylko konkurencyjnym podmiotom na danym rynku, ale też innym podmiotom, szczególnie gdy działają one w interesie publicznym. Uwspólnione dane platform internetowych powinny służyć pożytecznym społecznym celom - przykładem może być wykorzystanie danych pacjentów w nowoczesnych badaniach medycznych, opartych na maszynowej analizie dużych zbiorów danych. Innym przykładem, już wdrożonym, może być wymuszanie przez władze Nowego Jorku udostępniania danych przez platformy transportu pasażerskiego (np. Uber), które następnie zostają udostępnione publicznie jako otwarte dane. Jak zaznaczyliśmy powyżej, udostępnianie danych wymaga zagwarantowania ich bezpieczeństwa i ochrony prywatności użytkowników. Oznacza to w praktyce, że niezbędne jest wypracowanie innych modeli i infrastruktur zarządzania danymi niż model otwierania danych, stosowany w przypadku nieosobowych danych publicznych.

Mamy nadzieję, że powyższe pomysły i uwagi zostaną przez Państwa uwzględnione w toku prac nad Digital Service Act. Jeszcze raz pragniemy podkreślić naszą gotowość do włączenia się w prace legislacyjne. W razie jakichkolwiek pytań prosimy o kontakt z Natalią Mileszyk [nmileszyk@centrumcyfrowe.pl](mailto:nmileszyk@centrumcyfrowe.pl)

Z poważaniem,

Katarzyna Szymielewicz  
Prezeska Fundacji Panoptykon

Alek Tarkowski  
Prezes Fundacji Centrum Cyfrowe