



Warszawa, 13 kwietnia 2018 r.

Uwagi Fundacji Panoptykon¹ dotyczące Zaleceń Komisji Europejskiej w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w Internecie²

Zalecenia Komisji Europejskiej są kolejnym – po przedstawionym we wrześniu Komunikacie dotyczącym nielegalnych treści³ – krokiem zmierzającym do uaktualnienia funkcjonujących od blisko 20 lat zasad odpowiedzialności pośredników internetowych. Dostrzegając potrzebę dyskusji o roli platform w rozpowszechnianiu nielegalnych treści, uważamy, że Zalecenia zawierają wiele postanowień, które zagrażają poszanowaniu praw podstawowych użytkowników Internetu, a nie odpowiadają na problemy leżące u źródeł dostępności nielegalnych treści. Poniżej przedstawiamy szczegółowe uwagi, z uwzględnieniem pytań Ministerstwa Cyfryzacji. Aktualne pozostaje również nasze stanowisko z 28 listopada 2017 r. dotyczące komunikatu Komisji o zwalczaniu nielegalnych treści w Internecie.

Uwagi ogólne

Od czasu uchwalenia dyrektywy e-commerce w 2000 r. krajobraz Internetu uległ dużym zmianom. Obok typowych dostawców usług hostingu, z myślą o których tworzone były przepisy dyrektywy, rozwinęły się platformy internetowe, które pełnią dużo bardziej aktywną rolę w zarządzaniu treściami zamieszczanymi przez użytkowników i których skala oddziaływania jest dużo większa. Dominujące platformy takie jak Facebook, Google, czy Twitter, są obecnie nie tylko miejscem ekspresji twórczej czy utrzymywania kontaktów ze znajomymi, ale również ważnym polem debaty publicznej i źródłem informacji. W związku z tym, choć formalnie są one podmiotami prywatnymi, to dostarczane przez nie usługi należy postrzegać przez pryzmat ważnej roli, jaką pełnią w społeczeństwie. W związku z tym, regulacje prawne powinny zmierzać do tego, aby z jednej strony nie uzależniać możliwości wykonywania wolności słowa w Internecie od regulaminów i polityk firm, a z drugiej – umożliwiać sprawne usunięcie treści naruszających prawo.

1. Proaktywne działania pośredników

Zalecenia, choć mają formę niewiążącą, zmieniają dotychczasowe zasady odpowiedzialności pośredników internetowych, zachęcając ich nie tylko do sprawniejszego reagowania na zgłoszenia nielegalnych treści, ale także do podejmowania własnych, proaktywnych działań zmierzających do szybkiego blokowania treści, które uznają oni za sprzeczne z prawem. **Powoduje to postawienie pośredników w roli „strażników” Internetu, do której nie zostali powołani i do wykonywania której nie mają kompetencji.**

Prywatyzacja egzekwowania prawa wiąże się z wieloma niebezpieczeństwami. Uważamy, że sytuacja, w której pełna kontrola nad treściami online spoczywa w rękach pośredników, tworzy

¹ Stanowisko przygotowane przez Karolinę Iwańską.

² Zalecenie Komisji (UE) 2018/334 z dnia 1 marca 2018 r.

³ Komunikat Komisji Europejskiej z 28 września 2017 r. „Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie. W kierunku większej odpowiedzialności platform internetowych”, COM(2017) 555 final.

poważne zagrożenie dla wolności słowa i prawa dostępu do informacji w Internecie. Z tego powodu Komisja nie powinna zachęcać platform do prowadzenia własnych działań monitoringowych, zwłaszcza z wykorzystaniem automatycznych narzędzi. Już dziś wielu pośredników stosuje automatyczne metody filtrujące i zatrudnia moderatorów. Liczne badania⁴ wskazują, że takie rozwiązania z jednej strony sprzyjają nadmiernemu blokowaniu treści (*false positives*), a z drugiej – nie są skuteczne w wyłapywaniu wszystkich nielegalnych komunikatów (*false negatives*). Ocena legalności treści jest przy tym w bardzo wielu przypadkach niezwykle trudna i zależy od kontekstu. Nawet doświadczeni moderatorzy często nie są w stanie ze stuprocentową pewnością stwierdzić, że dana treść mieści się np. w granicach dozwolonego użytku w przypadku prawa autorskiego czy też jest lub nie jest mową nienawiści. Arbitralność pośredników jest w takim przypadku nieunikniona. Nie jest jasne, jak zapewnić wówczas sprawiedliwość procesu usuwania treści i zagwarantować poszanowanie praw podstawowych użytkowników.

Dodatkowo, uważamy, że wywieranie na pośredników politycznej presji podejmowania proaktywnych działań, w tym z użyciem automatycznych narzędzi, jest niezgodne z art. 15 dyrektywy e-commerce (implementowanego w Polsce w drodze art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną), który zakazuje nakładania na pośredników obowiązków generalnego monitorowania treści. W świetle orzecznictwa polskich sądów i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojawia się również wątpliwość, czy dostawcy, którzy monitorują treść, będą mogli powoływać się na wyłączenia odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy.

W związku z tym, postulujemy, aby Ministerstwo Cyfryzacji przedstawiło Komisji krytyczne stanowisko w tej sprawie oraz nie realizowało tej części Zaleceń.

2. Procedura zgłoszeniowa

Zalecenia nie modyfikują zasad obecnie funkcjonującej procedury zgłaszania nielegalnych treści, tzw. *notice and takedown*. Uważamy tymczasem, że Komisja powinna była wziąć pod uwagę to, że różne treści naruszające różne interesy powinny być traktowane odmiennie. **Postępowanie ze zgłoszeniami powinno być więc zróżnicowane w zależności od rodzaju treści i chronionego interesu.**

Obecnie obowiązująca procedura zgłoszeniowa (tzw. *notice and takedown*), zgodnie z którą to pośrednik dokonuje oceny nielegalności treści, niesie za sobą nieodłączne ryzyko arbitralności ocen i blokowania treści w pełni legalnych. W sytuacjach budzących wątpliwości pośrednicy naturalnie skłaniają się do zablokowania treści w celu uniknięcia odpowiedzialności⁵. Z tego powodu uważamy, że **procedura *notice and takedown* powinna być zarezerwowana tylko dla najpoważniejszych naruszeń, w przypadku których szybki czas reakcji ma kluczowe znaczenie.** Chodzi o treści, które zagrażają życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu obywateli – do tej kategorii mogą należeć treści terrorystyczne lub wzywające do przemocy, zwłaszcza wobec całych grup ludzi (np. mniejszości narodowych). Jednocześnie konieczne jest wprowadzenie

⁴ Por. np. Article 19, *Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech*, grudzień 2016, https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38586/Blocking_and_filtering_final.pdf; IViR, *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation*, grudzień 2015, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/45869/IVIRStudyOnlineenforcementthroughself-regulation.pdf?sequence=1>.

⁵ Por. raport J. Urban, J. Karaganis, B. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice*, marzec 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628.

możliwości zgłoszenia sprzeciwu przez użytkownika, którego treść została zablokowana, oraz przeniesienia sporu na drogę sądową. Komisja proponuje, żeby spory rozstrzygane były w drodze pozasądowej, jednak takie postępowania są często dość kosztowne. Być może do tego celu powinna zostać zaangażowana wyspecjalizowana jednostka, funkcjonująca np. w ramach Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, lub odrębny wydział w sądzie okręgowym. Dla zagwarantowania sprawiedliwości tego procesu konieczne jest również zwiększenie przejrzystości działania i zapewnienie rozliczalności platform – ich decyzje o zablokowaniu treści lub nieuwzględnieniu sprzeciwu nie powinny wymykać się jakiegokolwiek kontroli. Sprawozdania platform powinny być szczegółowe i publicznie dostępne, a wymogi dla tych sprawozdań powinny być takie same dla wszystkich platform.

Inaczej powinien wyglądać sposób postępowania ze zgłoszeniami w przypadku, gdy sporna treść narusza interesy ekonomiczne lub dobra osobiste konkretnej osoby (prawo autorskie, obraźliwe komentarze). **W takich sytuacjach, gdzie „ciężar gatunkowy” ewentualnego naruszenia jest mniejszy, a tym samym zablokowanie treści nie wymaga natychmiastowego działania, odpowiednio mniejsza powinna być też rola pośrednika.** Zastosowanie mogłaby w takim przypadku znaleźć np. procedura *notice and notice*. W ramach tej procedury rolą pośrednika nie jest samodzielna, arbitralna ocena, czy dana treść jest nielegalna, czy nie, ale wyłącznie przekazanie informacji o zgłoszeniu dostawcy treści (użytkownikowi). To po stronie osoby, która wrzuciła sporną treść, leży decyzja co do jej usunięcia. Jeśli do tego nie dojdzie, podmiot zgłaszający będzie mógł wystąpić na drogę sądową (lub pozasądową) w celu dochodzenia swoich praw. Jednocześnie dopuszczamy możliwość ingerencji pośrednika w sytuacji, gdy niemożliwa lub nadmiernie utrudniona jest identyfikacja użytkownika (np. treść wrzucono anonimowo).

Takie rozwiązanie pozwala w równym stopniu chronić interesy podmiotów praw (np. właścicieli praw autorskich) i interesy użytkowników (korzystających z dozwolonego użytku w przypadku prawa autorskiego lub z wolności słowa), a jednocześnie zapobiega niepożądanym arbitralności platform internetowych.

3. Zaufani sygnaliści (*trusted flaggers*)

Uważamy, że propozycja Komisji, aby pośrednicy ustanawiali zaufanych sygnalistów, którzy dysponowaliby szybszą ścieżką zgłaszania naruszeń, wiąże się z kilkoma zagrożeniami. Przede wszystkim wątpliwość budzi samodzielne ustalanie przez platformy kryteriów, które miałyby spełnić preferencyjnie traktowane podmioty. Nawet jeśli kryteria zostaną określone maksymalnie obiektywnie (kto to oceni?), to nadal niezwykle trudno byłoby dokonać wyboru takiego podmiotu, który nie będzie reprezentował interesów konkretnej grupy osób. Przykładowo, w przypadku prawa autorskiego trudno wyobrazić sobie podmiot, który nie faworyzowałby określonego punktu widzenia (np. organizacje zbiorowego zarządzania – interesu właścicieli praw autorskich, organizacje zrzeszające twórców internetowych – interesu użytkowników). W dodatku możliwość samodzielnego wyboru zaufanych sygnalistów może spowodować różne standardy na różnych platformach.

Z tego powodu, naszym zdaniem zasadne byłoby **ograniczenie możliwości ustanawiania zaufanych sygnalistów tylko dla najpoważniejszych naruszeń**: pornografii dziecięcej, treści terrorystycznych i treści wzywających do przemocy. Kryteria wyboru sygnalistów powinny być podane do publicznej wiadomości i podlegać konsultacji. Zaufanymi sygnalistami w takich przypadkach mogłyby być np. wyspecjalizowane organizacje pozarządowe lub organy państwowe. Również w takim przypadku zagwarantowane powinno zostać prawo użytkownika

do sprzeciwu oraz powinny być wprowadzone mechanizmy sprzyjające przejrzystości i sprawozdawczości platform.

4. Zwalczanie treści terrorystycznych

Zalecenia przewidują, że zgłoszenia dotyczące treści terrorystycznych, pochodzące od właściwych organów państwowych, powinny być rozpatrywane w terminie 1 godziny. Komisja zakłada przy tym, że pośrednicy mieliby każdorazowo dokonywać oceny zasadności zgłoszenia. W praktyce dokonanie takiej weryfikacji w ciągu jednej godziny jest niemożliwe, przez co kontrola zgłoszenia ze strony pośrednika pozostanie fikcją. **W rezultacie wszelkie zgłoszone treści będą blokowane automatycznie, niezależnie od tego, jakie uzasadnienie przedstawi organ.** Trudno się w dodatku spodziewać, że prywatne firmy, którym przede wszystkim zależy na spokojnym prowadzeniu swojego biznesu, będą podważać ustalenia wyspecjalizowanych organów państwowych.

Ta propozycja w praktyce przyznaje służbom kolejne uprawnienie poza procesem legislacyjnym i poza jakąkolwiek kontrolą, a jednocześnie nie zachowuje standardów i gwarancji przewidzianych w innych aktach prawnych. Dla porównania, zgodnie z ustawą antyterrorystyczną, zablokowanie strony internetowej promującej treści terrorystyczne jest możliwe tylko za zgodą sądu. Wyjątek stanowi przyspieszona procedura, gdzie strona może zostać zablokowana na bezpośredni wniosek ABW, ale i wówczas Agencja nie dysponuje pełną dowolnością – w takiej sytuacji wymagana jest uprzednia zgoda Prokuratora Generalnego i następcze zatwierdzenie blokady przez sąd.

Zgadzamy się z Komisją, że treści niebezpieczne, zagrażające życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu obywateli, powinny być usuwane jak najszybciej i we współpracy z wyspecjalizowanymi organami, jednak nie może się to odbywać poza jakąkolwiek kontrolą. Z tego powodu proponujemy następujące, dwutorowe rozwiązanie. Jeśli celem organu jest doprowadzenie do zablokowania treści uznanej za terrorystyczną bez dodatkowej oceny pośrednika (czyli zgłoszenie jest równoważne z koniecznością blokady), to w takiej sytuacji powinien zostać zastosowany mechanizm przewidziany przez ustawę antyterrorystyczną – organ powinien posiadać zgodę sądu lub w pilnych przypadkach wystąpić o nią następczo. Jeśli z kolei organ nie posiada zgody sądu i występuje ze zgłoszeniem do pośrednika, to powinny obowiązywać standardowe zasady procedury *notice and takedown*, w kształcie zaproponowanym w pkt. 2, tzn. pośrednik powinien mieć realną możliwość oceny zgłoszenia, co wyklucza wprowadzenie tak krótkiego terminu reakcji.

Podsumowując, Fundacja Panoptykon postuluje, aby Ministerstwo zajęło krytyczne stanowisko wobec zachęcania pośredników do podejmowania proaktywnych działań, zwłaszcza z wykorzystaniem automatycznych narzędzi. Dostrzegając konieczność szybkiego usuwania treści szczególnie niebezpiecznych, postulujemy, aby w przypadkach niewymagających równie pilnej reakcji, procedury zgłoszeniowe ograniczały arbitralność pośredników i zapewniały jak największe poszanowanie praw podstawowych użytkowników. Popieramy współpracę służb i platform w zwalczaniu treści terrorystycznych, ale musi się to odbywać z poszanowaniem standardów konstytucyjnych i międzynarodowych, dlatego postulujemy wprowadzenie mechanizmów kontrolnych nad uprawnieniami służb. Również powoływanie zaufanych sygnalistów nie może być pozostawione arbitralnej decyzji platform.