

Warszawa, 28 listopada 2017 r.

**Uwagi Fundacji Panoptykon¹ w sprawie Komunikatu Komisji Europejskiej
„Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie. W kierunku większej
odpowiedzialności platform internetowych”²**

Komunikat jest odpowiedzią Komisji na problem roli platform internetowych w zwalczaniu nielegalnych treści w Internecie. Uważamy, że komunikat zawiera wartościowe uporządkowanie założeń polityki Unii Europejskiej dotyczących walki z nielegalnymi treściami oraz instrumentów prawnych, jakie już obowiązują.

W pełni zgadzamy się z przedstawionymi propozycjami usprawnienia mechanizmów usuwania nielegalnych treści z Internetu (na wniosek uprawnionych organów lub samych użytkowników) oraz współpracy między platformami internetowymi i uprawnionymi organami, jak również zapewnienia, że prawa osób publikujących treści w Internecie są respektowane. W naszej opinii, opartej o polskie doświadczenia ostatnich ośmiu lat, implementacja procedury *notice-and-takedown* do tej pory zmierzała przede wszystkim do zapewnienia ochrony praw podmiotów zgłaszających nielegalne treści (zwłaszcza właścicieli praw autorskich), a nie do zapewnienia równego dostępu do środków prawnych w przypadku sporu o legalność treści.

W szczególności zgadzamy się z następującymi obserwacjami i propozycjami zawartymi w komunikacie Komisji:

- zapotrzebowanie na **szybkie i skuteczne usuwanie nielegalnych treści**, zapobieganie przestępstwom i ich ściganie musi być połączone z ochroną prawa do wolności słowa w Internecie, która posiada równorzędną wartość;
- platformy internetowe powinny mieć **możliwość podejmowania szybkich decyzji** w sprawie działań dotyczących nielegalnych treści (również w przypadku gdy nie są one zobowiązane do podjęcia takich działań na podstawie orzeczenia sądu lub decyzji administracyjnej);
- osoby które umieściły w Internecie daną treść, powinny mieć możliwość zakwestionowania decyzji o usunięciu za pośrednictwem zgłoszenia sprzeciwu. Dotyczy to również sytuacji, gdy usunięcie treści nastąpiło automatycznie;
- platformy internetowe powinny **udostępniać proste procedury dokonywania zgłoszeń sprzeciwu przez Internet**. W przypadku otrzymania zgłoszenia sprzeciwu platformy internetowe powinny przedstawić swoją odpowiedź, a w przypadku negatywnej decyzji podać jej przyczyny. Jeżeli jest to możliwe w zainteresowanym państwie członkowskim, platformy zachęca się do dopuszczenia skorzystania z usług

¹ Stanowisko przygotowane przez Katarzynę Szymielewicz i Karolinę Iwańską.

² Komunikat Komisji Europejskiej z 28 września 2017 r. „Zwalczanie nielegalnych treści w Internecie. W kierunku większej odpowiedzialności platform internetowych”, COM(2017) 555 final

organów pozasądowego rozstrzygania sporów w celu rozwiązywania sporów dotyczących zgłoszeń sprzeciwu;

- platformy internetowe powinny **zgłaszać organom ścigania** wszystkie przypadki, w których zostały one powiadomione o popełnieniu przestępstwa lub weszły w posiadanie dowodów na popełnienie takich przestępstw, tak aby zasygnalizować i zapewnić właściwym organom możliwość przeprowadzenia dochodzenia w sprawie osób tworzących takie treści;
- platformy internetowe powinny publikować **sprawozdania z przejrzystości** zawierające wystarczająco szczegółowe informacje dotyczące liczby i rodzaju otrzymanych zgłoszeń oraz podjętych działań, a także czas przetwarzania i źródło zgłoszenia. Sprawozdania te powinny także zawierać informacje dotyczące zgłoszeń sprzeciwu (ang. *counter notice*) i ewentualnych odpowiedzi na nie udzielonych przez platformę;
- Komisja Europejska i organy krajowe powinny upowszechnić dobre praktyki i promować **ściślejszą współpracę między platformami a właściwymi organami**. Szczególnie ważna w tym kontekście wydaje się współpraca organów ścigania z małymi, mniej odpornymi przedsiębiorstwami, które mogą stać się preferowaną platformą dla przestępców i innych osób prowadzących działalność niezgodną z prawem.

Nasze **poważne zastrzeżenia** budzą natomiast te propozycje, które nakładają na firmy nie prawny obowiązek, ale polityczną presję, by podejmowały **własne działania zmierzające do wychwytywania nielegalnych treści, a nawet zapobiegania ich publikacji w sieci**. W szczególności sprzeciwiamy się następującym postulatom KE:

- „Platformy internetowe powinny wprowadzić środki, które zniechęcą użytkowników do wielokrotnego zamieszczania nielegalnych treści o tym samym charakterze i skutecznie zahamują rozpowszechnianie takich nielegalnych treści”;
- „Narzędzia technologiczne można wykorzystywać z większym stopniem wiarygodności w celu tworzenia odcisków cyfrowych i filtrowania treści (zasada *take down and stay down* – usuń i zapamiętaj, że tę treść należy usuwać), którą wcześniej już zidentyfikowano i oceniono jako nielegalną. Komisja zdecydowanie zachęca do dalszego stosowania i rozwoju automatycznych technologii w celu zapobiegania ponownemu pojawianiu się w Internecie raz już usuniętych nielegalnych treści”;
- „Biorąc pod uwagę kluczową rolę odgrywaną przez platformy internetowe, ich zdolności oraz powiązane z tym obowiązki, powinny one przyjąć skuteczne aktywne środki w celu wykrywania i usuwania nielegalnych treści w Internecie, a nie ograniczać się do reagowania na otrzymanywne zgłoszenia”.

Poniżej przedstawiamy szczegółowe uwagi dotyczące wybranych kwestii.

1. Podejmowanie przez platformy aktywnych działań zwalczających nielegalne treści

Dopuszczalną przez prawo możliwość podejmowania przez platformy aktywnych działań mających na celu usuwanie nielegalnych treści należy odróżnić od prawnego obowiązku (czy też presji politycznej) aktywnego jej monitorowania i usuwania. Nakładając na platformy takie obowiązki, Komisja sprowadza je do pozycji wydawców prasy, którzy mają bezpośredni wpływ na zamieszczane treści oraz czyni z nich internetową policję i cenzorów. Wywieranie na firmach

internetowych presji aktywnego zwalczania nielegalnych treści powoduje przypisanie im roli, do wykonywania której nie mają ani narzędzi, ani kompetencji. Firmy nie są w żaden sposób przygotowane do oceny legalności treści, nie jest również jasne, w jaki sposób możliwe byłoby zagwarantowanie rzetelności i sprawiedliwość procesu usuwania treści.

Zauważamy wiele niebezpieczeństw w prywatyzacji egzekwowania prawa, która polega na zastępowaniu obiektywnych mechanizmów walki z naruszeniami przez uprawnione organy samodzielnymi, arbitralnymi działaniami podejmowanymi przez podmioty prywatne. O ile samo usunięcie treści jest proste, o tyle wiele trudności sprawia wprowadzenie takiego mechanizmu, który jednocześnie zagwarantuje poszanowanie wolności słowa i właściwej identyfikacji treści dozwolonych.

Dostrzegamy bardzo wysokie ryzyko arbitralności polityk i praktyk stosowanych przez firmy w odpowiedzi na polityczną presję zachęcającą firmy do aktywnego włączania się w usuwanie nielegalnych treści. Można wymienić wiele przykładów działań podejmowanych przez platformy internetowe, motywowanych taką właśnie logiką, ale opartych o arbitralny, pełen nieprecyzyjnych klauzul regulamin. Przykładowo, administratorzy Facebooka nie usunęli materiałów przedstawiających wykorzystywanie seksualne dzieci, pomimo zgłoszenia ich przez użytkowników. Kiedy jednak użytkownik ujawnił swoją tożsamość jako dziennikarz brytyjskiej gazety *The Times*, nielegalne materiały zostały usunięte³. Usuwane bywają też treści w pełni legalne, wykorzystujące np. utwory chronione prawem autorskim w granicach dozwolonego użytku. Ani Komisja Europejska, ani żaden krajowy organ nie jest w stanie skutecznie kontrolować, jak sugerowane narzędzia są stosowane przez firmy oraz czy rzeczywiście służą jedynie eliminowaniu treści nielegalnych i nie wykraczają poza ten cel.

To ryzyko mogłoby zostać ograniczone poprzez przyjęcie precyzyjnych reguł na poziomie prawnym: co konkretnie i w stosunku do jakich treści (jak je definiować i rozpoznać) firmy powinny robić oraz jakie gwarancje w związku z tym działaniem powinny stworzyć, dla swoich użytkowników. Konieczne jest zapewnienie, że działania przeciwko nielegalnym treściom nie będą w sposób nieuzasadniony ograniczały praw podstawowych, zwłaszcza wolności wypowiedzi. Stworzenie takich reguł jest jednak niezwykle trudne, z uwagi na to, że większość sytuacji naruszenia prawa jest wysoce ocenna, a firmy nie posiadają kompetencji do dokonania właściwej weryfikacji.

Podsumowując, uważamy, że Komisja powinna zweryfikować swoje propozycje poprzez rzetelną odpowiedź na następujące pytania:

- W jaki sposób Komisja zapewni, że proponowane środki są niezbędne, proporcjonalne i przewidywalne? Czy nie istnieją mniej restrykcyjne alternatywy (np. ulepszenie procedury *notice and takedown*) dla osiągnięcia tego samego celu?
- Jakie konkretnie działania platform są oczekiwane?
- Jakie ryzyka dla obywateli, platform i organów państwa tworzą zaproponowane rozwiązania? Jakie konkretne działania mogą podjąć instytucje unijne, państwowe i prywatne, aby zapobiec tym ryzykom lub je zmniejszyć?
- Jakie mechanizmy odwoławcze i nadzorcze powinny zostać wprowadzone i w jakich językach powinny być dostępne?

³ <https://techcrunch.com/2017/04/13/facebook-under-fire-for-spreading-illegal-content/>

- Jak zapewnić przejrzystość działań podejmowanych przez platformy?

2. Automatyczne monitorowanie i filtrowanie treści

Technologie rozpoznawania treści oparte są na algorytmach, które filtrują treść przesyłaną przez użytkowników i porównują ją z materiałami dostarczonymi przez właścicieli praw. W praktyce zapobieżenie udostępnieniu nielegalnej treści jest możliwe tylko jeśli istnieje mechanizm, który sprawdzi treść jeszcze przed udostępnieniem jej innym użytkownikom.

Chęć wprowadzenia efektywnego mechanizmu filtrującego byłaby w praktyce równoważna z wprowadzeniem obowiązku generalnego monitorowania zamieszczanych treści. System filtrujący, aby „wyłapać” treści zgłoszone przez właścicieli praw albo treści oznaczone jako nielegalne, będzie musiał analizować całość przesyłanych komunikatów, co samo w sobie oznacza generalne monitorowanie treści.

- **Naruszenie prywatności wynikające z monitorowania treści**

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Scarlet v. SABAM*⁴, Trybunał wyjaśnił, w jaki sposób automatyczne filtrowanie treści doprowadzi ponadto do naruszenia prywatności użytkowników: wprowadzenie systemu filtrującego oznacza konieczność systematycznej analizy wszystkich treści, a także gromadzenie i identyfikację adresów IP użytkowników, którzy przesyłają nielegalne treści⁵. Adresy IP są z kolei danymi osobowymi i podlegają ochronie prawnej.

- **Brak proporcjonalności automatycznego filtrowania treści**

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, powszechny obowiązek monitorowania treści narusza prawa podstawowe, w tym prawo do prywatności oraz ochrony danych⁶.

Środek ten nie jest proporcjonalny do celu, jaki ma osiągnąć oraz, w przypadku treści chronionych prawem autorskim, nie zapewnia użytkownikom możliwości korzystania z przewidzianych prawem wyjątków i ograniczeń monopola autorskiego (np. parodii czy cytatu), a także pełnego korzystania z wolności wypowiedzi np. w przypadku komentarzy o charakterze politycznym z wykorzystaniem nośnych kulturowo odniesień czy cytatów. Algorytmy stosowane przez automatyczne systemy filtrujące nie są w stanie zidentyfikować ocennych, zależnych od kontekstu przypadków dozwolonego wykorzystania chronionych treści.

3. Poszukiwanie spójnego podejścia do nielegalnych treści w Internecie

W przypadku zwalczania nielegalnych treści w Internecie mamy do czynienia z różnymi zjawiskami, które wymagają zupełnie różnych rozwiązań. Komisja wadliwie zakłada, że możliwe jest wypracowanie uniwersalnego mechanizmu, który zapobiegnie pojawianiu się w Internecie wszystkich nielegalnych treści. Treści te obejmują diametralnie różne kategorie: od komunikatów nawołujących do przemocy, poprzez materiały pedofilskie, aż do treści naruszających prawa autorskie czy inne prawa własności intelektualnej. Problemy związane z nielegalnymi treściami niekiedy dotyczą kwestii społecznych (np. w przypadku poważnych przestępstw popełnianych online, takich jak tworzenie i zamieszczanie materiałów pedofilskich), a niekiedy ekonomicznych (w przypadku naruszenia praw autorskich).

⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 24 listopada 2011 r. *Scarlet Extended SA przeciwko Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10.

⁵ Por. pkt 51 wyroku.

⁶ Por. pkt 50 wyroku.

te fundamentalnie się od siebie różnią – wagą, stopniem społecznej szkodliwości oraz przyczynami leżącymi u ich podstaw.

Podejście Komisji do problemu zwalczania nielegalnej treści do tej pory było w przeważającej części nakierowane na usuwanie jak największej ilości nielegalnych komunikatów. Mało uwagi poświęcono problemom znajdującym się u źródeł nielegalnych zachowań i wypracowaniu propozycji ich rozwiązania. W przypadku treści pedofilskich koncentrowanie się na kwestii samej ich dostępności w Internecie jest błędem, ponieważ dostępność tych treści jest tylko wierzchołkiem góry lodowej – trzeba walczyć przede wszystkim z samymi źródłami przemocy. Jaskrawym przykładem niewłaściwego podejścia Komisji do zwalczania nielegalnych zachowań w Internecie jest choćby fakt, że Jednostka Europolu ds. zgłaszania podejrzanych treści w Internecie nie prowadzi jakichkolwiek statystyk obejmujących informacje o tym, ile zgłoszeń przekazanych do państw członkowskich doprowadziło do wszczęcia odpowiednich postępowań. W naszej opinii wskazuje to na systemowy problem z podejściem Komisji, która skupia się na proponowaniu nieproporcjonalnych i nieskutecznych mechanizmów usuwania nielegalnych treści, a nie zwalczaniu samych źródeł powstania naruszeń prawa.

To wadliwe podejście wynika naszym zdaniem z silnego lobbingu branży kreatywnej, której interesem jest ochrona praw autorskich (branży filmowej, muzycznej, wydawców prasy, branży audiowizualnej). W przypadku naruszeń praw autorskich dostępność w Internecie nielegalnej treści stanowi sedno problemu. Jeśli treść ta zostanie usunięta, problem naruszenia znika. Lobbing podmiotów z branży kreatywnej powoduje jednak, że dyskusja na temat zwalczania nielegalnych treści – także w przypadkach, gdy to dostępność tych treści jest kwintesencją problemu – jest zdominowana przez propozycje wprowadzania mechanizmów rozpoznawania, filtrowania i usuwania treści, w tyle pozostawiając skomplikowaną materię zwalczania problemów u źródeł.

Uważamy, że przerzucanie odpowiedzialności na platformy internetowe i wywoływanie na nich presji podejmowania aktywnych działań nie jest właściwym rozwiązaniem. Komisja powinna wziąć pod uwagę specyfikę każdego problemu i zaproponować przemyślane, adekwatne rozwiązania.