

**Stanowisko Fundacji Panoptykon¹
w sprawie projektu ustawy o wolności słowa w serwisach społecznościowych²**

W odpowiedzi na pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 30 września 2021 r., przedstawiamy uwagi Fundacji Panoptykon do projektu ustawy o ochronie wolności słowa w serwisach społecznościowych z 28 września 2021 r. (dalej: „projekt ustawy”).

1. Uwagi wstępne

Fundacja Panoptykon jest organizacją pozarządową, której statutowym celem jest działanie na rzecz praw człowieka w kontekście rozwoju nowych technologii. Jednym z kluczowych obszarów naszej działalności są problemy związane z rosnącą dominacją platform internetowych, w tym kwestia sprawowania przez nie arbitralnej kontroli nad obiegiem informacji w sieci. Zgadzamy się, że w obecnym modelu funkcjonowania platform sytuacja ta powoduje negatywne skutki w sferze ochrony praw człowieka on-line. Z jednej strony na platformach wciąż szeroko rozpowszechniane są nielegalne treści, a z drugiej strony z niejasnych przyczyn usuwane są zgodne z prawem wypowiedzi, w tym materiały mające istotne publiczne znaczenie, jak np. relacje z protestów społecznych, fotografie historyczne, publikacje dokumentujące brutalność policji, sztuka czy satyra. W 2019 r. czterech specjalnych sprawozdawców ds. wolności słowa najważniejszych międzynarodowych organizacji praw człowieka we wspólnej deklaracji uznało arbitralną „władzę” platform internetowych nad tym, co użytkownicy mogą (i czego nie mogą) zobaczyć w sieci za jedno z trzech największych zagrożeń dla swobody wypowiedzi obecnej dekady³.

Dlatego też Fundacja Panoptykon:

- od 2019 r. angażuje się w strategiczne postępowanie sądowe *SIN v. Facebook*⁴, w którym wspierana przez nas organizacja pozarządowa Społeczna Inicjatywa Narkopolityki wytoczyła powództwo o ochronę dóbr osobistych przeciwko firmie Facebook w związku z nagłym usunięciem kont w serwisach Facebook i Instagram w 2018 r. Głównym długofalowym celem tej sprawy jest wzmocnienie standardów przejrzystości decyzji

¹ Stanowisko przygotowane przez Dorotę Głowacką i Wojciecha Klickiego.

² Projekt z 28 września 2021 r.

³ UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, OSCE Representative on Freedom of the Media, OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *Joint Declaration on Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade*, 2019, <http://www.osce.org/representative-on-freedom-of-media/425282>.

⁴ <https://panoptykon.org/sinvsfacebook>

platform o usuwaniu treści oraz umożliwienie użytkownikom skutecznego odwołania się od nich⁵;

- prowadzi aktywne działania rzecznicze wokół projektu unijnego rozporządzenia „Aktu o usługach cyfrowych” (*Digital Services Act*; dalej „DSA”), który swoim zakresem obejmuje ww. problematykę i który znajduje się obecnie w kluczowej fazie prac w instytucjach unijnych.

Podzielamy obawy projektodawców dotyczące zagrożeń związanych ze stosowaniem tzw. „prywatnej cenzury” przez dominujące platformy internetowe.

Ministerstwo Sprawiedliwości deklaruje, że obawy te skłoniły je do przedstawienia analizowanej propozycji regulacji prawnych mających wzmocnić użytkowników względem korporacji internetowych. W szczególności projekt ma służyć „wspieraniu wolności słowa”, „zapewnieniu prawa do prawdziwej informacji”, „poprawie stopnia ochrony wolności i praw człowieka” w serwisach społecznościowych oraz przestrzegania przez nie „wolności do wyrażania poglądów, pozyskiwania informacji, rozpowszechniania informacji, wyrażania przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych oraz wolności komunikowania się” (art. 1 projektu).

Jednak naszym propozycje Ministerstwa nie prowadzą do realizacji wskazanych wyżej celów. **Analiza projektu ustawy wskazuje bowiem na duże ryzyko, że nawet jeśli projektowana regulacja faktycznie ograniczyłaby arbitralną władzę platform nad przepływem informacji w Internecie, to jedynie po to, aby zastąpić ją większą kontrolą polityczną.**

Nasze największe obawy wzbudzają w szczególności trzy zagadnienia, na których skoncentrujemy się w dalszej części naszej opinii:

- **skład oraz sposób wyboru i funkcjonowania Rady Wolności Słowa (organu decydującego o ewentualnym przywróceniu usuniętych treści), które nie gwarantują niezależności politycznej i biznesowej tego organu;**
- **definicja „treści bezprawnych”, która odwołuje się do nieostrych pojęć, pozostawiając Radzie Wolności Słowa szerokie pole do wydawania uznaniowych decyzji;**
- **rozszerzenie obowiązku retencji danych na dostawców usług internetowych, dzięki któremu służby zyskają kolejne narzędzie ułatwiające masową inwigilację w sieci.**

2. Rada Wolności Słowa

Projekt przewiduje powołanie pięcioosobowej Rady Wolności Słowa (dalej: „Rada”), organu administracji publicznej, który ma sprawować nadzór nad decyzjami moderacyjnymi dużych serwisów społecznościowych i stać „na straży przestrzegania przez [nie] wolności do wyrażania

⁵ Postępowanie jest w toku przed Sądem Okręgowym w Warszawie (sygn. akt IV C 608/19). Na chwilę obecną sąd wydał w nim korzystne dla SIN postanowienie o zabezpieczeniu powództwa, w którym orzekł, że: 1) do czasu rozstrzygnięcia sprawy Facebook nie może usuwać stron, kont i grup prowadzonych na Facebooku i Instagramie przez SIN, ani blokować pojedynczych postów; 2) Facebook musi zachować usunięte w 2018 r. i 2019 r. dane kont, stron i grup, tak aby w razie wygrania procesu przez SIN mogły one zostać przywrócone wraz z całą opublikowaną na nich treścią, komentarzami innych użytkowników, a także osobami je obserwującymi i lubiącymi. Postanowienie jest prawomocne.

poglądów, pozyskiwania informacji, rozpowszechniania informacji, wyrażania przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych oraz wolności komunikowania się” (art. 4). Niestety w naszej ocenie konstrukcja i zasady wyboru Rady nie dają gwarancji, że organ ten będzie spełniał odpowiednie kryteria merytoryczne do właściwego wykonywania powierzonych mu zadań, a także, iż pozostanie niezależny od wpływów politycznych i biznesowych.

2.1. Brak gwarancji pluralizmu i niezależności

Zgodnie z przedstawionym projektem wszyscy członkowie Rady mają być wybierani przez Sejm większością 3/5 głosów, a w razie jej niezyskania – zwykłą większością głosów (art. 7). W praktyce więc wybór członków Rady będzie możliwy przy poparciu jedynie rządzącej większością, bez konieczności uzyskania ponadpartyjnego konsensusu i szerszego poparcia dla przedstawionych kandydatur. Taka konstrukcja całkowicie pozbawia ten organ pluralistycznego charakteru, powodując ryzyko, że jego członkowie będą reprezentować poglądy jedynie dominującej aktualnie siły politycznej. O tym, że taki scenariusz jest realny świadczy dotychczasowa praktyka wyłaniania członków innych organów (np. Krajowej Rady Sądownictwa), których wybór oparto na analogicznych zasadach.

Ryzyka tego nie eliminuje przewidziany w art. 6 pkt 3 projektu ustawy katalog negatywnych przesłanek członkostwa w Radzie (zakładający, że w skład Rady nie mogą wchodzić głównie parlamentarzyści i osoby pełniące określone funkcje w samorządach). W katalogu tym brakuje zakazu sprawowania przez członków Rady innych funkcji publicznych i partyjnych (np. członka rządu bądź członka partii rządzącej). Nie przewidziano w nim także wyłączenia możliwości zasiadania w Radzie przez osoby mające określone powiązania z firmami technologicznymi objętymi projektem ustawy, które mogłyby negatywnie rzutować na ich obiektywizm.

2.2. Brak gwarancji odpowiednich kwalifikacji członków Rady

Projekt ustawy określa ponadto w sposób bardzo ogólnikowy kryteria merytoryczne, które muszą spełnić kandydaci na członków Rady. Według projektu wystarczy, aby posiadali oni „wyższe wykształcenie prawnicze lub niezbędną wiedzę w zakresie językoznawstwa lub nowych technologii” oraz „cieszyli się nieposzlakowaną opinią” (art. 6 ust. 2 pkt 5-6). Tak sformułowane warunki stanowią dość nisko zawieszoną poprzeczkę dla kandydatów, nie gwarantując odpowiednio wysokiego poziomu kwalifikacji niezbędnych do rozstrzygania skomplikowanych sporów prawnych, wymagających często ostrożnego ważenia różnych sprzecznych interesów i wartości.

Problem ten dodatkowo zaostrza brak jakichkolwiek mechanizmów zapewniających przejrzystość oraz kontrolę społeczną nad procesem wyboru członków Rady i zarazem umożliwiającymi realną weryfikację poziomu merytorycznego kandydatów (np. takich, jak np. obowiązek przeprowadzenia jawnych i otwartych konkursów dla kandydatów na członków Rady, organizacji wysłuchania publicznego czy też włączenia w proces wyboru gremiów eksperckich lub akademickich, które miałyby faktyczną możliwość oceny ich kompetencji).

2.3. Możliwość nieuprawnionego wpływu na skład Rady

Projekt ustawy zakłada możliwość arbitralnego wyłączenie członka Rady od udziału w postępowaniu w sprawie (art. 10 ust. 1). Decyzję tę może podjąć m.in. z urzędu jednoosobowo przewodniczący Rady. Jednocześnie nie określono żadnych przesłanek, których zaistnienie uprawniałoby przewodniczącego do jej wydania. W efekcie przewodniczący może wyłączyć poszczególnych członków Rady od udziału w postępowaniach w sposób całkowicie dowolny i dzięki temu łatwo manipulować składem orzekającym tego organu. Jest to rozwiązanie niespójne z ogólnymi zasadami obowiązującymi na gruncie kodeksu postępowania administracyjnego, który dla wyłączenia od udziału w postępowaniu organu administracji publicznej lub jego pracownika wymaga wystąpienia co najmniej jednej z enumeratywnie wyliczonych w nim przesłanek (art. 24-25 k.p.a.).

Warto w tym miejscu zaznaczyć również, że zgodnie z przedstawionym projektem przewodniczący Rady ma być wybierany bezpośrednio przez Sejm w osobnym głosowaniu (art. 7 ust. 2). Trudno zatem interpretować przyznanie mu arbitralnego prawa do wyłączenia poszczególnych członków Rady od udziału w postępowaniu inaczej, niż jako próbę zagwarantowania rządzącej większości jeszcze silniejszego oddziaływania na działalność nowego organu. Wystarczy bowiem obsadzenie zaufanej osoby na stanowisku przewodniczącego, który w razie potrzeby może odpowiednio wpłynąć na resztę składu Rady, aby ostatecznie podjęła ona decyzję zgodną z oczekiwaniami dominującej siły politycznej.

2.4. Brak gwarancji transparentności

Wątpliwości budzą wreszcie zaproponowane regulacje utrudniające kontrolę społeczną nad funkcjonowaniem Rady i wydawanymi przez nią decyzjami. Dotyczy to w szczególności blankietowego wprowadzenia zasady niejawności postępowania (art. 11). Trudno zrozumieć powody, dla których projektodawcy zdecydowali się na takie rozwiązanie, biorąc pod uwagę znaczenie i charakter spraw rozpoznawanych przez Radę, często mogących wzbudzać uzasadnione zainteresowanie opinii publicznej. Tym bardziej, że w sytuacjach, w których rzeczywiście np. istotny interes strony wymaga zapewnienia tajności postępowania, ustawodawca może sięgnąć po mniej inwazyjny środek w postaci wyposażenia organu w uprawnienie wyłączenia jawności ad hoc, gdy wystąpią określone w przepisach przesłanki.

Dodatkowe wątpliwości budzi w tym kontekście brak obowiązku pełnego uzasadniania decyzji Rady (może ona ograniczyć się do wskazania przepisów, na których opiera swoją decyzję oraz faktów, które uznaje za udowodnione – art. 27) oraz brak obowiązku ich publikacji w ogólnodostępnym źródle (jak np. Biuletyn Informacji Publicznej). Nie przewidziano ponadto obowiązku przygotowania i opublikowania cyklicznych sprawozdań z działalności Rady, pozwalających ocenić jej funkcjonowanie (zawierających np. informacje statystyczne dotyczące rozpoznawanych spraw, w tym decyzji uchylonych w drodze późniejszej kontroli sądowej, informacje o przedmiocie rozpoznawanych spraw, średnim czasie potrzebnym na wydanie decyzji etc.).

W efekcie, z niezrozumiałych względów, standardy transparentności, które musi spełnić Rada są niższe niż standardy, które zgodnie z projektem ustawy muszą spełnić same serwisy społecznościowe (na tych ostatnich ciąży m.in. obowiązek pełnego uzasadniania wydawanych decyzji, a także przygotowywania i upubliczniania cyklicznych sprawozdań dotyczących sposobu rozstrzygnięcia reklamacji użytkowników - art. 20 ust. 4 i art. 15 ust. 1-2).

2.5. Konstrukcja Rady w świetle standardów międzynarodowych

Zaproponowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości mechanizm nadzoru nad decyzjami moderacyjnymi serwisów społecznościowych warto poddać również analizie z punktu widzenia międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka. Postulat stworzenia zewnętrznego organu, do którego mogliby odwołać się zablokowani przez platformy użytkownicy pojawia się m.in. w rekomendacjach Rady Europy⁶ czy Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. wolności słowa⁷. Mechanizm ten może mieć charakter quasi-sądowy, z zapewnieniem jednak prawa odwołania przez użytkownika ostatecznie do sądu.

Jednocześnie kluczową cechą tego mechanizmu i podstawowym warunkiem akcentowanym przez instytucje międzynarodowe, bez którego nie ma on możliwości właściwie zadziałać, jest jego niezależność i transparentność⁸.

Warunkiem tej niezależności jest przede wszystkim to, aby tworzone organy były w jak największym stopniu wolne od wpływów politycznych i biznesowych. Nie jest to możliwe w sytuacji, w której rządząca większość ma bezpośredni wpływ na upolitycznienie procesu obsady tych stanowisk. Transparentność wymaga natomiast co do zasady „zapewnienia przejrzystości działania mechanizmu względem szerszego grona interesariuszy poprzez udostępnianie danych statystycznych, studiów przypadku czy bardziej szczegółowych informacji o tym, jak poszczególne sprawy są prowadzone. (...). Jednocześnie tam, gdzie to konieczne, należy zapewnić poufność rozmów pomiędzy stronami oraz tożsamości osób w nim uczestniczących”⁹. Blankietowe wprowadzenie zasady niejawności postępowania i brak jakichkolwiek gwarancji zapewniających kontrolę społeczną nad działalnością Rady niewątpliwie nie realizuje tych założeń.

Choć Rada jest z pewnością pionierskim organem, należy podkreślić, że istnieją już odpowiednie standardy międzynarodowe, które określają szczegółowo warunki, jakie powinny spełniać tego rodzaju instytucje. Ważnym punktem odniesienia dla władz krajowych przy ich tworzeniu powinny być zwłaszcza wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka w zakresie kryteriów skuteczności państwowych pozasądowych mechanizmów rozpoznawania skarg¹⁰. Pomocne mogą być ponadto istniejące standardy Rady Europy odnoszące się do kryteriów, jakie powinni spełniać niezależni regulatorzy rynku mediów¹¹.

Warto przy tym pamiętać, że „[pozasądowy] mechanizm rozpatrywania skarg może spełniać swoją rolę tylko wtedy, gdy ludzie, którym ma służyć wiedzą o nim, mają do niego zaufanie i są w stanie z niego skorzystać”¹². Jednocześnie „[ż]le zaprojektowany lub wdrażany mechanizm

⁶ Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, 2018, par. 1.5.2.

⁷ UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *Report no. A/HRC/32/38*, 2016, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session32/Documents/A_HRC_32_38_EN.docx.

⁸ Council of Europe, *Best practices towards effective legal and procedural frameworks for self-regulatory and co-regulatory mechanism of content moderation*, Guidance note, 2021, s.8-9, 39, 49.

⁹ *UN guiding principles on business and human rights*, Komentarz do Zasady nr 31.

¹⁰ *UN guiding principles on business and human rights*, 2008, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

¹¹ Rada Europy prowadzi stronę internetową, na której zebrała wydane dotychczas wytyczne w zakresie niezależności regulatorów rynku mediów: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/media-regulatory-authorities>.

¹² *UN Guiding principles...*, Komentarz do Zasady nr 31.

może spowodować zwiększenie poczucia krzywdy u poszkodowanych w wyniku narastającego w nich wrażenia pozbawienia kontroli i braku szacunku¹³.

2.6. Rada Wolności Słowa a projekt „DSA”

Zaproponowany model zewnętrznego nadzoru nad decyzjami moderacyjnymi serwisów społecznościowych jest niespójny nie tylko z ww. standardami międzynarodowymi, ale także z modelem przewidzianym w projekcie DSA przedstawionym przez Komisję Europejską (art. 18). W szczególności projekt DSA przewiduje powstanie pozasądowych organów rozpoznawania sporów, nie zawężając jednak możliwości ich tworzenia do instytucji powołanych przez władze publiczne i gwarantując użytkownikom wolność wyboru w zakresie konkretnego organu. Nawet jeśli przyjąć, że po wejściu w życie DSA, Rada mogłaby funkcjonować jako jeden z przewidzianych w rozporządzeniu pozasądowych organów rozpoznawania sporów, to należy zauważyć, że w obecnym kształcie nie spełnia ona warunków określonych w projekcie unijnym (w szczególności – jak wskazano wyżej – standardu przejrzystości i sprawiedliwości proceduralnej - art. 18 ust. 2e projektu DSA).

W konsekwencji, przyjęcie projektu ustawy może w niedalekiej przyszłości oznaczać powstanie konfliktu pomiędzy prawem krajowym i unijnym, a także doprowadzić do powołania instytucji, którą, w najlepszym razie, wkrótce trzeba będzie co najmniej gruntownie przebudowywać, aby dostosować ją do wymogów prawa UE.

2.7. Podsumowanie

Trudno oprzeć się wrażeniu, że projekt ustawy został skonstruowany w taki sposób, aby rządząca większość miała zagwarantowaną możliwość względnie swobodnego obsadzenia Rady osobami, które uzna za odpowiednie do objęcia tej funkcji. Jeśli zatem ustawa weszłaby w życie w aktualnej wersji, jest wysoce prawdopodobne, że członkowie tego organu będą wybierani nie według kompetencji, ale z uwagi na względy polityczne. W takim kształcie Rada nie odpowiada więc wymogom, które powinny spełniać tworzone przez państwo pozasądowe mechanizmy rozpoznawania sporów, zarówno w świetle istniejących międzynarodowych standardów praw człowieka, jak i – z dużym prawdopodobieństwem – w świetle przyszłego prawa UE.

3. Definicja „treści bezprawnych”

Równie ważne, jak sposób wyboru i zasady funkcjonowania organu sprawującego nadzór nad działaniami serwisów społecznościowych, są kryteria w oparciu o które podejmuje on swoje decyzje. Zgodnie z projektem ustawy, Rada nakazuje zniesienie (bądź odmawia zniesienia) ograniczenia dostępu do treści lub ograniczenia dostępu do profilu użytkownika w zależności od tego, czy stwierdzi, że treść lub profil użytkownika, do których ograniczono dostęp stanowią „treści o charakterze bezprawnym” (art. 25). Kategoria „treści o charakterze bezprawnym” stanowi zatem podstawowe kryterium, którym posługuje się Rada w swoim postępowaniach. Projektodawcy zamieścili w projekcie własną definicję tego pojęcia na użytek proponowanej regulacji, która odbiega od przyjętego rozumienia tego terminu w prawie cywilnym czy karnym. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 8 „treści o charakterze bezprawnym” to „treści naruszające dobra

¹³ Ibidem.

osobiste, dezinformacja, treści o charakterze przestępnym, a także treści, które naruszają dobre obyczaje, w szczególności rozpowszechniają lub pochwalają przemoc, cierpienie lub poniżenie”. Dalej zdefiniowano także pojęcia „treści o charakterze przestępnym” (jako treści, które pochwalają lub nawołują do popełnienia wybranych przestępstw z kodeksu karnego) oraz „dezinformacji” (przez którą należy rozumieć „fałszywą lub wprowadzającą w błąd informację wytworzoną, zaprezentowaną i rozpowszechnianą dla zysku lub naruszenia interesu publicznego”).

W tak skonstruowanym kryterium decydowania przez Radę o ewentualnym przywróceniu usuniętych przez platformy treści czy profili dostrzegamy istotne zagrożenie dla swobody wypowiedzi. Definicja „treści bezprawnych” odwołuje się bowiem do pojęć o nieostrym charakterze („wprowadzająca w błąd informacja”, „treści naruszające dobre obyczaje”), których interpretacja opiera się na bardzo uznaniowych przesłankach. To z kolei rodzi ryzyko nadużywania tej swobody interpretacyjnej przez uprawniony organ. Jest ono szczególnie aktualne, jeśli organ ten nie spełnia gwarancji niezależności, a jego działania nie podlegają żadnej realnej kontroli. W efekcie poziom ochrony przed arbitralnymi decyzjami platform internetowych może nie być dla wszystkich równy. Można mieć uzasadnione obawy, że o ile mechanizm ten będzie skuteczny dla osób, którym usunięto treści odpowiadające światopoglądowi bliskiemu rządzącej większości, to nie jest pewne, czy Rada stanie w obronie materiałów, które w ten światopogląd się nie wpisują (uznając np. że usunięte z jakichś względów treści nawiązujące do praw społeczności LGBT+, które – jak pokazują badania – są szczególnie narażone na nieuzasadnione blokady¹⁴, „naruszają dobre obyczaje” i w związku z tym „nie zasługują” na przywrócenie do sieci).

Projektodawcy proponują co prawda możliwość odwołania się od decyzji Rady do sądu. Chodzi jednak o postępowanie przed sądem administracyjnym, który nie jest organem doświadczoneym w rozstrzyganiu sporów z zakresu swobody wypowiedzi, a dodatkowo charakterystyka postępowania sądowoadministracyjnego nie odpowiada specyfice sporów dotyczących wolności słowa (sąd administracyjny ocenia jedynie legalność badanej decyzji, którą może ewentualnie uchylić bez wydawania merytorycznego rozstrzygnięcia). Poza tym dla ww. postępowań sądowych nie przewidziano już żadnej szybkiej ścieżki. Tymczasem szybkość rozstrzygnięcia ma w tego rodzaju sprawach kluczowe znaczenie, zwłaszcza w przypadku sporów dotyczących wypowiedzi odnoszących się do aktualnych wydarzeń (społecznych, politycznych etc.) z uwagi na ulotną wartość tych informacji, która maleje wraz z upływem czasu.

4. Rozszerzenie obowiązku retencji danych

Obok nadzoru nad moderacją treści przez serwisy społecznościowe, drugim obszarem uregulowanym w projekcie ustawy, który jest niezwykle istotny z punktu widzenia naszych działań statutowych i jednocześnie wzbudza duże zaniepokojenie, jest kwestia nałożenia na usługodawców internetowych nowego obowiązku w postaci retencji danych.

¹⁴ SALTY, *An investigation into algorithmic bias in content policing on Instagram*, 2019 <https://saltyworld.net/algorithmicbiasreport-2/>; C. Dinar, *The state of content moderation for the LGBTIQ+ community and the role of the EU Digital Services Act*, Heinrich Boell Stiftung, 2021, <https://eu.boell.org/en/2021/06/21/state-content-moderation-lgbtqa-community-and-role-eu-digital-services-act>.

Zgodnie z projektowanym art. 18a ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (art. 40 pkt 2 projektu ustawy, dalej: uśude) usługodawcy mają przechowywać dane, o których mowa w art. 18 ust. 1-5 generowane lub przetwarzane w trakcie prowadzonej przez niego działalności przez okres 12 miesięcy. Obowiązek przechowywania danych uzasadniony jest koniecznością zapewnienia możliwości ustalenia tożsamości osób pozwanych w ramach nowej procedury tzw. ślepego pozwu. Zgodnie z uzasadnieniem projektu "obowiązek przechowywania danych będzie dotyczył wszystkich danych, o których mowa w art. 18 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zatem będzie on dotyczył: danych osobowych (art. 18 ust. 1), innych danych niezbędnych do realizacji usługi (art. 18 ust. 2), danych niezbędnych ze względu na właściwość usługi lub sposób jej rozliczenia (art. 18 ust. 3), innych danych przetwarzanych za zgodą usługobiorcy (art. 18 ust. 4) oraz danych eksploatacyjnych (art. 18 ust. 5)".

4.1. Wątpliwości dotyczące interpretacji proponowanego przepisu

W naszej ocenie na podstawie analizy proponowanego art. 18a uśude niejasne jest, jakie dane podlegać mają retencji – czy obowiązek dotyczy wyłącznie danych, którymi – z racji na charakter świadczonej usługi – dysponuje usługodawca, czy też usługodawca zobowiązany jest przechowywać wszystkie dane wymienione w art. 18 ust. 1-5 uśude.

Za pierwszą interpretacją przemawia użyte w proponowanym przepisie sformułowanie, że dotyczy on danych, które są „generowane lub przetwarzane w trakcie prowadzonej przez niego działalności”. Jednak autorzy uzasadnienia wskazują, że obowiązek przechowywania danych będzie dotyczył „wszystkich danych, o których mowa w art. 18 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną”.

Przyjęcie drugiej wykładni (pełen zakres danych) doprowadziłoby do rewolucyjnej sytuacji, w której usługodawcy byłiby zmuszeni do zbierania danych daleko wykraczających poza zakres ich działalności, np. danych wymienionych w art. 18 ust. 1 (imię i nazwisko, adres, numer PESEL). Dotyczyłoby to np. firm prowadzących portale informacyjne. Zakładamy zatem, że celem projektodawcy nie było wprowadzenie tak radykalnych i bezprecedensowych zmian, a projektowany przepis powinien być interpretowany w taki sposób, że usługodawcy zobowiązani są do 12-miesięcznej retencji tych danych, które pozyskali w związku ze świadczonymi przez siebie usługami.

4.2. Relacja projektowanego przepisu do systemu prawnego

Projektowany przepis musi być oceniany w kontekście innych istniejących już regulacji. Zgodnie z art. 20c ust. 1 ustawy o Policji, w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw, przestępstw skarbowych albo w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych, Policja może uzyskiwać m.in. dane, o których mowa w art. 18 ust. 1-5 uśude. Dostęp ten może się odbywać za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej (bez udziału pracowników usługodawcy). Uprawnienie do pozyskiwania danych w tym samym trybie mają także inne instytucje, m.in. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Straż Graniczna, Krajowa Administracja Skarbowa, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa czy Służba Ochrony Państwa. W 2020 r. uprawnione podmioty uzyskały dane, o których mowa w uśude (tzw. dane internetowe) niemal 25 tys. razy.

4.3. Argumenty przeciwko retencji

4.3.1. Niezgodność z prawem UE obowiązku retencji danych na potrzeby „ślepego pozwu”

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną stanowi implementację do polskiego porządku prawnego Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (tzw. dyrektywa e-privacy). Dyrektywa wprowadza ogólny zakaz przechowywania danych o ruchu internetowym, które nie są już niezbędne do celów transmisji komunikatu (por. art. 6 dyrektywy). Istotne z perspektywy niniejszej opinii jest wyłączenie tej zasady, które przewiduje art. 15 dyrektywy. Zgodnie z nim państwa członkowskie mogą uchwalić środki ustawodawcze ograniczające m.in. zakaz retencji danych, „gdy takie ograniczenia stanowią środki niezbędne, właściwe i proporcjonalne w ramach społeczeństwa demokratycznego do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego, obronności, bezpieczeństwa publicznego oraz zapobiegania, dochodzenia, wykrywania i karania przestępstw kryminalnych lub niedozwolonego używania systemów łączności elektronicznej”. Po uchyleniu przez Trybunał Sprawiedliwości UE tzw. dyrektywy retencyjnej jest to jedyna podstawa prawna umożliwiająca państwom członkowskim przyjmowanie przepisów nakładających na firmy świadczące usługi drogą elektroniczną obowiązku retencji danych.

Wykładni art. 15 dyrektywy e-privacy wielokrotnie dokonywał Trybunał Sprawiedliwości UE, który m.in. w wyroku z 2 marca 2021 r. (sprawa C-746/18) uznał, że art. 15 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że: „sprzeciwia się on przepisom krajowym umożliwiającym dostęp organów władzy publicznej do zbioru danych o ruchu lub danych o lokalizacji, (...) do celów zapobiegania, dochodzenia, wykrywania i karania przestępstw, **bez ograniczania takiego dostępu do postępowań mających na celu zwalczanie poważnej przestępczości lub zapobieganie poważnym zagrożeniom bezpieczeństwa publicznego**”. Innymi słowy, TSUE po raz kolejny podkreślił, że wyjątek od ogólnego zakazu retencji danych telekomunikacyjnych i internetowych należy interpretować bardzo wąsko i obowiązek wprowadzania obowiązku ich przechowywania może być uzasadniony wyłącznie koniecznością ścigania poważnych przestępstw. Podobnie w sprawie Tele2 (C-203/15) Trybunał wskazał, że art. 15 dyrektywy e-privacy należy interpretować w ten sposób, że: „stoi on na przeszkodzie uregulowaniom krajowym, w których przewidziano uogólnione i niezróżnicowane zatrzymywanie wszystkich danych o ruchu oraz danych dotyczących lokalizacji wszystkich abonentów i zarejestrowanych użytkowników wszystkich środków łączności elektronicznej – do celów zwalczania przestępczości”.

Mechanizm ślepego pozwu nie służy żadnej z wartości wskazanych w art. 15 dyrektywy e-privacy. W tym świetle nie mamy wątpliwości, że nałożenie blankietowego obowiązku retencji danych internetowych na potrzeby procedury „ślepego pozwu” wykracza poza normę przewidzianą w art. 15 dyrektywy (wraz z jej interpretacją wynikającą z orzecznictwa TSUE) i tym samym jest niezgodne z prawem UE.

4.3.2. Niezgodność z prawem UE obowiązku retencji danych na potrzeby służb

Abstrahując od wskazanego w uzasadnieniu projektu wyjaśnienia konieczności wprowadzenia retencji danych internetowych wprowadzeniem instytucji ślepego pozwu zwracamy uwagę, że nałożenie takiego obowiązku na firmy świadczące usługi drogą elektroniczną na potrzeby realizacji zadań przez Policję i inne służby policyjne oraz specjalne (por. pkt 4.2 opinii) także budzi daleko idące wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym i krajowym.

Na podstawie orzecznictwa TSUE dotyczącego art. 15 dyrektywy e-privacy (w szczególności na podstawie przywołanej sprawy Tele2) można pokusić się o sformułowanie listy warunków, które muszą spełnić przepisy krajowe dotyczące obowiązku retencji danych:

- **dostęp do danych powinien być poprzedzony uprzednią zgodą niezależnego organu;**
- **dostęp do danych możliwy tylko w sprawach poważnej przestępczości;**
- **zakaz blankietowego obowiązku retencji;**
- **wymóg informowania jednostek o pozyskaniu danych;**
- **wymóg przechowywania danych objętych obowiązkiem retencji na terenie UE.**

Polskie przepisy dotyczące zasad dostępu Policji oraz innych służb policyjnych i specjalnych są niezgodne z większością tych wymagań. Dla przykładu warto wskazać, że w żadnej sytuacji polskie przepisy nie uzależniają dostępu do danych od zgody sądu lub innego niezależnego organu a Policja ma dostęp do danych w sprawach związanych ze wszystkimi przestępstwami, ale także np. poszukiwaniem osób zaginionych.

Podsumowując, nałożenie obowiązku retencji danych internetowych, do których to danych dostęp miałyby policja i inne służby możliwe jest wyłącznie jako element szerszej reformy zasad dostępu tych podmiotów do danych (zarówno internetowych, jak i telekomunikacyjnych oraz pocztowych). Możliwy kształt takiej reformy opisano w dokumencie „Osiodłać Pegaza. Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy”¹⁵ przygotowanym pod auspicjami Rzecznika Praw Obywatelskich przy udziale przedstawiciela Fundacji Panoptykon.

4.4. Konieczność poszukiwania kompromisu

Fundacja Panoptykon nie sprzeciwia się proponowanej w projekcie koncepcji „ślepego pozwu”. Uważamy, że wprowadzenie tego rozwiązania zwiększa możliwość użytkowników usług internetowych obrony własnego dobrego imienia i tym samym – sprzyja realizacji ich konstytucyjnego prawa do sądu.

Jak wynika z przytoczonych przez autorów uzasadnienia projektu *Zaleceń w sprawie działań na rzecz skutecznego zwalczania nielegalnych treści w Internecie (2018/334)*: „Nielegalne treści w internecie należy zwalczać za pomocą odpowiednich i solidnych zabezpieczeń, aby zapewnić ochronę poszczególnych praw podstawowych wszystkich zainteresowanych stron. Te prawa obejmują, w zależności od przypadku, wolność słowa, w tym wolność otrzymywania i przekazywania informacji, prawo do poszanowania życia prywatnego oraz do ochrony danych

¹⁵ <https://panoptykon.org/jak-osiodlac-pegaza>

osobowych, jak również prawo do skutecznej ochrony sądowej użytkowników odnośnych usług”.

Pomiędzy wymienionymi w Zaleceniach wartościami należy poszukiwać kompromisowych rozwiązań, które nie będą prowadzić do pełnego zaprzepaszczenia jednego z praw (w tym wypadku – prawa do prywatności i autonomii informacyjnej) na rzecz drugiego prawa – skutecznej ochrony sądowej.

Uważamy, że rozsądnym kompromisem byłoby wprowadzenie instytucji ślepego pozwu, ale bez równoczesnego obowiązku retencji danych przez firmy świadczące usługi drogą elektroniczną. Takie rozwiązanie zwiększy możliwość realizacji prawa do sądu: wielu usługodawców dysponuje bowiem danymi, które będą mogli udostępnić sądowi na potrzeby ustalenia tożsamości pozwanego. Jednocześnie niejako „efektem ubocznym” wprowadzenia mechanizmu skutecznej ochrony dobrego imienia i prawa do sądu nie będzie zwiększenie uprawnień „inwigilacyjnych” Policji i służb specjalnych oraz przyjęcie regulacji w sposób oczywisty niezgodnych z prawem UE.

5. Rozwiązania zasługujące na aprobatę

Na końcu pragniemy podkreślić, że projekt ustawy zawiera również rozwiązania, które oceniamy pozytywnie. W szczególności na aprobatę zasługuje propozycja objęcia jednolitymi standardami przejrzystości i rozliczalności wszelkich decyzji platform mających wpływ na ograniczenie dostępności danej treści (a nie jedynie decyzji o usunięciu treści czy konta)¹⁶. Warto docenić również propozycję uregulowania „wewnętrznych postępowań kontrolnych” (art. 19-21) i obowiązku przygotowywania oraz publikowania sprawozdań przez serwisy społecznościowe dotyczących ich decyzji moderacyjnych (art. 15) (choć należy zaznaczyć, że naszym zdaniem projekt DSA reguluje te same kwestie w sposób bardziej szczegółowy lub zapewniając wyższy standard sprawiedliwości proceduralnej niż propozycja Ministerstwa Sprawiedliwości¹⁷). Pozytywna ocena wybranych rozwiązań nie może zmienić jednak naszej ogólnej negatywnej oceny całego projektu.

6. Wnioski

Fundacja Panoptykon od dłuższego czasu zwraca uwagę, że użytkownicy platform internetowych powinni mieć zapewnioną możliwość zweryfikowania ich decyzji moderacyjnych przed zewnętrznym organem. Jednak bez zapewnienia gwarancji niezależności od wpływów politycznych i biznesowych, a także jasnych i wystarczająco ostrych kryteriów podejmowanych

¹⁶ Choć działania, które prowadzą „tylko” do zmniejszenia widoczności danej treści bądź w inny sposób pozbawiają użytkownika możliwości szerokiego docierania z nią do odbiorców (dotyczy to np. tzw. „ograniczania zasięgów”, utraty możliwości promowania treści czy zarabiania na nich), mogą wydawać się mniej inwazyjne niż blokady, w praktyce powodują często równie poważną ingerencję w swobodę wypowiedzi, zwłaszcza że platformy najczęściej stosują tego rodzaju środki bez jakiegokolwiek notyfikacji użytkownika. W konsekwencji nie tylko nie ma on możliwości zakwestionować takiego obostrzenia, ale może nawet nie wiedzieć o jego nałożeniu. Dlatego wszelkie gwarancje sprawiedliwości proceduralnej w ramach platform i mechanizmu zewnętrznego nadzoru nad ich działaniami w zakresie moderacji treści nie powinny odnosić się wyłącznie do decyzji o usunięciu treści lub usunięciu/zawieszeniu konta, ale obejmować także inne decyzje wpływające na ograniczenie widoczności określonych treści.

¹⁷ Zob. 12, 13 i 15 projektu DSA.

decyzji, organ kontrolujący działania serwisów społecznościowych może wyrządzić więcej szkody niż pożytku.

Wspieramy również co do zasady ideę wprowadzenia „ślepego pozwu” do porządku prawnego. Zdecydowanie sprzeciwiamy się jednak wykorzystaniu tego narzędzia do rozszerzenia obowiązku retencji danych.

Dlatego też, biorąc to wszystko pod uwagę, a także trwające prace nad DSA w instytucjach unijnych (które dotyczą tożsamego obszaru tematycznego i także angażują polski rząd), uważamy, że **najlepszym rozwiązaniem będzie powstrzymanie się od dalszych prac legislacyjnych nad przedstawionym projektem ustawy**. Tym bardziej, że projekt DSA ma znacznie bardziej wszechstronny charakter. Poza moderacją treści odnosi się do wielu innych problematycznych obszarów funkcjonowania platform internetowych, a tylko tak kompleksowa regulacja ma szansę trwale i realnie wzmocnić ochronę naszych praw w sieci.