



Warszawa 8 grudnia 2010 r.

Pan Michał Boni
Minister – członek Rady Ministrów
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

**Uwagi Fundacji Panoptykon
do projektu założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniu usług drogą
elektroniczną**

Szanowny Panie Ministrze,

W związku z prowadzoną procedurą dotyczącą prac nad rządowym projektem założeń do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Fundacja Panoptykon przedstawia następujące uwagi i sugestie:

Uwaga ogólna:

Fundacja Panoptykon (dalej FP) wyraża zadowolenie z podjęcia prac nad nowelizacją ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej „uśude”). Dotychczasowe rozwiązania nie w pełni zapewniają realizację i poszanowanie praw podstawowych, zwłaszcza w obszarze odpowiedzialności za udostępnianie treści w Internecie. FP opowiada się za koniecznością wzmocnienia ochrony wolności słowa oraz prawa do jej obrony przed sądem (i prawa do sądu jako takiego), a w szczególności szeroki i nie okrojony zakres zwolnienia usługodawców pośredniczących w świadczeniu usług społeczeństwa informacyjnego z odpowiedzialności za przekazywane i udostępniane przez użytkowników tych usług treści.

Uwagi szczegółowe:

1. FP podziela pogląd o konieczności zwolnienia z odpowiedzialności usługodawców świadczących usługi wyszukiwania informacji („usługi narzędzi lokalizacyjnych”, w szczególności „wyszukiwarki internetowe”) oraz podmiotów umieszczających w sieci odsyłacze (potocznie określane jako hipertącza lub linki), a także odpowiadające im funkcjonalnie rozwiązania ułatwiające dostęp do zasobów systemu teleinformatycznego.
2. FP pragnie jednocześnie wskazać na pewne zagrożenia związane z zastosowaniem rozwiązania polegającego na uzupełnieniu uśude o artykuły 12a i 14a. Z jednej bowiem strony jasne

wyjaśnienie sytuacji (zasad odpowiedzialności) usługodawcy zamieszczającego odsyłacz do tzw. treści bezprawnych jest pomocne i zapewnia większe bezpieczeństwo niż stan niewiedzy i dowolności sądów orzekających w tego typu sprawach, zwłaszcza wobec orzeczeń takich, jak wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004r.,(I Aca 564/04¹) uznający odpowiedzialność podmiotu zamieszczającego tzw. głęboki link, odsyłającego do danych bezprawnie umieszczonych w Internecie².

3. Z drugiej jednak strony warto zastanowić się, czy rzeczywiście potrzebne jest tak szczegółowe wyliczanie podmiotów (sytuacji), odnośnie których zachodzi szczególna podstawa wyłączenia odpowiedzialności. FP zwraca bowiem uwagę, iż w praktyce sądowej możliwe jest odpowiednie interpretowanie działalności wyszukiwarek internetowych i innych podmiotów udostępniających odsyłacze na bazie istniejących przepisów.
4. Przykładem tego jest szeroko omawiane orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w połączonych sprawach Google'a³, a zwłaszcza poprzedzająca je opinia rzecznika generalnego, który wskazał m.in., iż „objęcie zakresem zwolnienia od odpowiedzialności wyszukiwarki Google byłoby zgodne z celem dyrektywy 2000/31. Można sądzić, że wyszukiwarka Google nie jest objęta zakresem stosowania art. 14 tej dyrektywy, ponieważ informacje (naturalne rezultaty) nie są w niej przechowywane na żądanie prowadzących strony internetowe, które ich dostarczają. Niemniej uważam że prowadzących strony internetowe można uznać za odbiorców (bezpłatnej) usługi świadczonej przez spółkę Google, polegającej na umożliwianiu internautom dostępu do informacji o nich, co oznacza, że wyszukiwarka Google może zostać objęta zwolnieniem od odpowiedzialności przewidzianym dla „cachingu” na mocy art. 13 tej dyrektywy. W razie konieczności cel uzasadniający dyrektywę 2000/31 umożliwiłby również zastosowanie w drodze analogii zwolnienia od odpowiedzialności przewidzianego w art. 12–14 tej dyrektywy”.
5. Przyjęcie jednego bądź drugiego rozwiązania (dodawanie kolejnych szczegółowych wyłączeń w usude lub poszukiwanie ich w istniejących przepisach) ma dalekosiężne konsekwencje. Zdaniem FP istnieje bowiem ryzyko, iż w tym pierwszym przypadku zachowanie ustawodawcy skutkować będzie ścisłą, zawężającą interpretacją istniejących norm prawnych. Innymi słowy, jeśli dany usługodawca będzie pośredniczył w świadczeniu usług społeczeństwa informacyjnego, a jednocześnie nie będzie mieścił się w wąsko określonych przypadkach art. 12 do 14a usude, wówczas nie będzie mógł skorzystać z celu ani idei tzw. *safe harbors*.
6. Rozważania te są o tyle istotne, że mogą dotyczyć np. usług polegających na dostarczaniu platform społecznościowych (czy podobnych usług typu *user-generated content websites/Web 2.0*⁴). Jeśli bowiem nie zostaną one enumeratywnie wymienione w usude, może być to podstawą do uznania, że wobec tych usług i podmiotów nie ma podstawy zwolnienia od

¹ TPP 2004/3-4/155

² „Zamieszczenie na stronie portalu internetowego tzw. głębokiego linku (deep link) umożliwiającego użytkownikom tego portalu bezpośrednio (tj. z pominięciem struktury nawigacyjnej strony głównej innego portalu) otwarcie rekomendowanej witryny stanowi rozpowszechnianie wizerunku zamieszczonego na tej witrynie”. Warto jednak zauważyć, że sądy innych krajów europejskich, w przypadku „prostych” odesłań nie przyjmowały odpowiedzialności podmiotów je zamieszczających – por. zwłaszcza orzeczenie BGH z dnia 17 lipca 2003r. w sprawie I WR 259/00, *Paperboy* (JurPC Web-Dok. 274/2003, Abs. 1 - 57)

³ Sprawy od C 236/08 do C 238/08

⁴ Nie wspominając o problemie, jaki pojawi się, gdy (niewątpliwie) upowszechni się jakiś nowy rodzaj usług np. Web 3.0 - czy wówczas konieczna będzie kolejna nowelizacja ustawy?

odpowiedzialności. Takie jednak rozwiązanie byłoby bardzo niekorzystne dla rozwoju Internetu w kształcie, jaki znamy i do jakiego jesteśmy przyzwyczajeni.

7. W związku z powyższym, FP stoi na stanowisku, że pożądane byłoby stworzenie ogólnej definicji podmiotów, w odniesieniu do których należy wprowadzić wyłączenie odpowiedzialności. Co do zasady powinny być to podmioty, które świadczą usługi polegające na **przechowywaniu** lub **przekazywaniu** treści (danych) **wprowadzonych** przez **osoby trzecie**. FP jest przekonana, że możliwe jest wypracowanie dobrej definicji (nie zbyt kazuistycznej, ale też nie zbyt ogólnej).
8. Niezależnie od powyższego, FP uznaje dalszą potrzebę zmodyfikowania istniejącej procedury *notice and takedown*. FP uważa bowiem za niedopuszczalne stawianie usługodawcy w roli cenzora (którego działanie może być traktowane jako naruszające art. 54 Konstytucji) i prywatnego sądu lub egzekutora roszczeń prawnych. Jeśli nie jest możliwe całkowite wyłączenie odpowiedzialności ISP (pośredników w dostępie do cudzych danych - *intermediary service providers*), względnie uzależnienie odpowiedzialności usługodawcy tylko i wyłącznie od reakcji na orzeczenie sądowe (ewentualnie także urzędowe zawiadomienie), niezbędne jest doprecyzowanie wymogów formalnych, jakie musi zawierać wiarygodna wiadomość o bezprawnym charakterze przekazywanych treści. Jest to minimum niezbędne do zagwarantowania przestrzegania praw podstawowych odnośnie przede wszystkim wolności słowa i wspomnianego prawa do sądu. W tym zakresie na pełne poparcie zasługuje też wypracowana przez grupę roboczą MSWiA propozycja wprowadzenia procedury sprzeciwu usługobiorcy w razie otrzymania przez usługodawcę wiarygodnej wiadomości (tzw. *counter notice*).

Uwagi końcowe

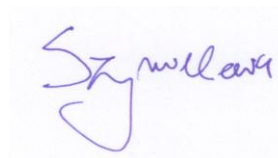
FP pragnie zwrócić uwagę, iż najbardziej pożądanym rozwiązaniem kwestii dotyczącej odpowiedzialności ISP byłoby przyjęcie rozwiązań podobnych do uregulowań na gruncie prawa amerykańskiego. W szczególności najwłaściwszym byłoby wprowadzenie ogólnego wyłączenia odpowiedzialności, analogicznego do § 230 Communications Decency Act z 1996r., przewidującego, że **żaden operator lub użytkownik usług interaktywnych nie może być traktowany jak wydawca lub źródło informacji wygenerowanej przez innego dostawcę treści**. Dopiero w dalszej kolejności można wprowadzać wertykalne (a nie horyzontalne, jak dotychczas) wyłączenia odpowiedzialności oraz procedurę *notice and takedown* w odniesieniu do obszarów szczególnie wrażliwych lub istotnych dla ustawodawcy (np. odnośnie określonych przestępstw, czy naruszeń prywatności), przy czym chodzi oczywiście o "poprawną" procedurę *notice and takedown*, a więc uwzględniającą uwagi wyrażone powyżej).

Mając jednak świadomość istniejących obecnie prawnych i praktycznych barier dla wprowadzenia uregulowań odpowiadających wymaganiom z punktu 9 powyżej (głównie ze względu na przepisy obowiązującej Dyrektywy 2000/31/WE), FP w ramach niniejszego wystąpienia zasadniczo ogranicza się do wskazania najważniejszych, negatywnych jej zdaniem, konsekwencji, które mogą wiązać się z wdrożeniem projektu założeń nowelizacji usude w zakresie dodania art. 12a i 14a. Jednocześnie FP rekomenduje przyjęcie rozwiązań wypracowanych przez MSWiA odnośnie procedury *notice and takedown*, jako swoistego kompromisu i "mniejszego zła" w stosunku do utrzymywania obecnych regulacji.

Ograniczenia wymienione w punkcie 10 powyżej nie powinny być przeszkodą do prowadzenia dalszych prac nad prawidłową i pożądaną redakcją przepisów dotyczących odpowiedzialności ISP w przyszłości, w tym na poziomie europejskim.

FP pragnie też stanowczo zaznaczyć, że jakiegokolwiek zmiany na gruncie uśude nie powinny zmierzać w kierunku ograniczenia zakresu wyłączeń odpowiedzialności dla usługodawców działających w obszarze społeczeństwa informacyjnego, ani prowadzić do nałożenia na nich (w jakiegokolwiek formie i zakresie) obowiązku monitorowania i filtrowania treści przekazywanych lub udostępnianych w Internecie.

z wyrazami szacunku,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Szymielewicz', is centered on a light blue rectangular background.

Katarzyna Szymielewicz
Prezes Zarządu Fundacji