

Warszawa, 29 marca 2022 r.

Sz. P. Sebastian Kaleta
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Sprawiedliwości

STANOWISKO

ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU POLSKA W/S DRUGIEJ WERSJI PROJEKTU USTAWY O OCHRONIE WOLNOŚCI SŁOWA W INTERNETOWYCH SERWISACH SPOŁECZNOŚCIOWYCH

W związku z publikacją nowej wersji projektu, tj. z dnia 3.01.2022 r. ustawy o ochronie wolności słowa w internetowych serwisach społecznościowych (zwanej dalej: „Ustawą Wolnościową”) pragniemy po raz kolejny wyrazić swoje zaniepokojenie związane z kontynuowaniem prac nad ww. projektem i przedstawić szczegółowe uwagi do niego.

I. WSTĘP

W ocenie IAB Polska regulacja kwestii związanych z działalnością usługodawców internetowych powinna zostać wprowadzona na poziomie europejskim – w drodze projektowanych właśnie rozwiązań w ramach Rozporządzenia Unii Europejskiej pt. „Akt prawny o usługach cyfrowych” (dalej „AUC” lub „Projekt Rozporządzenia”). Ponieważ świadczenie usług cyfrowych często odbywa się transgranicznie, wprowadzenie krajowych rozwiązań odmiennych od regulacji europejskich spowoduje brak pewności prawa i wzrost kosztów po stronie przedsiębiorców, zmuszonych do odrębnego dostosowywania się do legislacji polskiej. To z kolei może nieść za sobą ograniczenie dostępu do różnorodnych i konkurencyjnych usług po stronie konsumenta. W związku z powyższym uważamy przyjmowanie przez państwa członkowskie Unii Europejskiej odrębnych uregulowań w zakresie usług świadczonych drogą elektroniczną za wysoce szkodliwe zarówno dla rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, jak i dla polskiej gospodarki.

Należy wskazać, że krajowe regulacje dotyczące mediów społecznościowych próbują wprowadzić także Niemcy. Już w fazie projektowania tych przepisów były one w Niemczech krytykowane jako wprowadzające cenzurę i nieskuteczne. Obecnie, mimo że znowelizowana ustawa weszła w życie, wykonywanie przez platformy wynikających z niej obowiązków zostało tymczasowo wstrzymane w stosunku do niektórych serwisów, które wystąpiły do sądu przeciwko regulacji. Ponieważ Ustawa Wolnościowa już teraz wywołuje ogromne kontrowersje, podobnych reakcji należy spodziewać się po jej wejściu w życie w Polsce, gdzie może stać się np. przedmiotem postępowań

przed Trybunałem Konstytucyjnym. Z kolei we Francji niepowodzeniem zakończyła się próba wprowadzenia ustawy regulującej mowę nienawiści ("*loi Avia*"). W 2020 r. francuski Trybunał Konstytucyjny uznał zapisy ustawy w zasadniczej części za wprost niekonstytucyjne.

Dramatyczne wydarzenia w Ukrainie związane z agresją Rosji stanowią papierek lakmusowy dla polskich mediów, czy to tradycyjnych czy też cyfrowych. Uważamy, że podobnie jak całe polskie społeczeństwo, również polskie media zdały w pełni egzamin z obywatelskiej dojrzałości i solidarności. Jednym z podstawowych celów wytężonej pracy rodzimych mediów było przeciwdziałanie bezprecedensowej fali kremlowskiej dezinformacji. Propaganda ta nie dotyczyła obszaru jedynie Polski, lecz była zakrojona na skalę ogólnounijną czy wręcz ogólnoświatową. Takie zachowanie antydemokratycznych sił najlepiej dowodzi, że najlepszym - a właściwie jedynym - forum dla prowadzenia skutecznej walki ze świadomie fałszywymi informacjami jest właśnie forum unijne. Walka ta powinna odbywać się m.in. w oparciu o zharmonizowane unijne regulacje, które umożliwią spójne i efektywne działania we wszystkich państwach członkowskich na rzecz ochrony wolności słowa i praw użytkowników w Internecie. Trwają obecnie intensywne prace końcowe nad projektem AUC w ramach trilogów pomiędzy Komisją Europejską, Radą i Parlamentem Europejskim. Możemy spodziewać się wersji finalnej dokumentu w niedługiej przyszłości. Podczas ostatnich negocjacji międzyinstytucjonalnych, wobec tragicznych działań podjętych przez Rosję w Ukrainie, zwrócono dodatkowo szczególną uwagę na kwestię skutecznego przeciwdziałania dezinformacji jako silnej broni wspierającej militarne operacje agresora. Unia Europejska coraz bardziej jednoczy się we wspólnym froncie działań na wielu polach istotnych dla utrzymania takich wartości jak prawo do suwerenności, wolności, ochrony praw człowieka. Przepisy prawa odnoszące się do sfery Internetu jak najbardziej wpisują się w te działania, dlatego muszą być one spójne dla całej Unii. Samodzielne inicjatywy krajowe realizowane w oderwaniu od pozostałych krajów członkowskich żadną miarą nie będą w stanie osiągnąć zamierzonego celu w postaci przywrócenia ładu informacyjnego w środowisku internetowym.

II. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

1. **Przedmiot Ustawy Wolnościowej pokrywa się z przedmiotem Projektu Rozporządzenia.**

Zgodnie z założeniami AUC ma doprowadzić do zwiększenia demokratycznej kontroli wobec platform internetowych i zmniejszyć ryzyko manipulacji treścią oraz szerszenia dezinformacji, a także zapewnić lepszą ochronę wolności słowa w Internecie. Są one zatem zbieżne z ratio legis Ustawy wolnościowej. Podobnie jak Ustawa Wolnościowa, AUC przewiduje nałożenie na duże platformy internetowe obowiązków systemowego monitorowania i raportowania o ryzykach związanych z nielegalnymi treściami, wprowadzenie jasnych procedur odwoławczych zarówno w ramach systemu wewnętrznego jak i w drodze pozasądowego sposobu rozstrzygania sporów. Oczywiście AUC ma wprowadzić do porządku prawnego także inne istotne instytucje prawne, niezwiązane ściśle z internetowymi serwisami społecznościowymi.

Z uwagi na dublowanie się regulacji wprowadzanych przez AUC z projektowanymi regulacjami polskimi, w momencie uchwalenia AUC polska Ustawa wolnościowa będzie musiała zostać

zrewidowana. Regulacje krajowe zostaną poddane wykładni zgodnej z rozporządzeniem unijnym, co doprowadzi do nieuchronnego pominięcia tych przepisów, które nie dadzą się pogodzić z prawem unijnym. Poskutkuje to szkodliwą fragmentaryzacją obowiązujących przepisów, co utrudni przedsiębiorcom wchodzenie na rynek i prowadzenie działalności.

Należy podkreślić, że z uwagi na planowane wprowadzenie opisanych regulacji na poziomie europejskim, wprowadzanie do polskiego prawa zmian pokrywających się z tymi regulacjami lub stojących z nimi w sprzeczności jest szkodliwe i niepotrzebne. IAB Polska stoi na stanowisku, że należy zrezygnować z dalszych prac nad Ustawą Wolnościową lub przynajmniej odłożyć je do czasu uchwalenia AUC, w celu uniknięcia dublowania regulacji lub wprowadzania przepisów, które trzeba będzie wkrótce uchylać.

2. Definicja „internetowego serwisu społecznościowego” oraz wyłączenia podmiotowe.

W nowym projekcie Ustawy Wolnościowej zdecydowanie poprawiono definicję „internetowego serwisu społecznościowego”. W najnowszym projekcie doprecyzowano, że chodzi o usługę, z której korzysta „na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej jeden milion użytkowników, którzy założyli profil użytkownika”. Wyłączono także z obszaru tego pojęcia usługi, będące „wyłącznie funkcją innej usługi, stanowiącej usługę główną”, której ze względów obiektywnych lub technicznych nie można wykorzystać bez usługi głównej lub ma charakter „wyłącznie wspierający funkcjonalność usługi głównej”. Zmiany te należy ocenić pozytywnie, jednak nie usunęły one wielu innych wątpliwości związanych z zakresem podmiotowym Ustawy Wolnościowej.

Po pierwsze, przytoczona definicja odwołuje się teraz do pojęcia „profilu użytkownika”, rozumianego jako „zbiór ustawień środowiska aktywności użytkownika w internetowym serwisie społecznościowym”. Definicja ta jest bardzo niejasna – **nie wiadomo co oznacza pojęcie „środowiska aktywności użytkownika”, a tym bardziej czym jest zbiór jej ustawień.**

Wątpliwości budzi także sformułowanie o udostępnianiu „przez użytkowników dowolnych treści innym użytkownikom lub ogółowi”. Budowa przywołanego fragmentu definicji sugeruje, że usługa będąca internetowym serwisem społecznościowym może polegać zarówno na umożliwianiu użytkownikom udostępniania treści wyłącznie innym użytkownikom, innym użytkownikom i ogółowi, jak również udostępniania ich wyłącznie ogółowi (sugeruje na to użyty łącznik „lub”). Tymczasem usługa, której – jak się wydaje – dotyczyć ma Ustawa Wolnościowa, polega raczej na udostępnianiu treści w szczególności innym użytkownikom. Sama nazwa „serwis społecznościowy” zakłada budowanie społeczności, a więc udostępnianie przez użytkowników treści przede wszystkim innym użytkownikom. O ile można wyobrazić sobie serwis społecznościowy w którym treści mogą oglądać również osoby niebędące użytkownikami (np. z poziomu wyszukiwarki internetowej), o tyle usługę, w której treści udostępnia się wyłącznie ogółowi, trudno nazwać serwisem społecznościowym. Co więcej, takie ukształtowanie definicji może powodować, że w zakres podmiotowy obowiązków kierowanych do internetowych serwisów społecznościowych wpadać będą również podmioty świadczące usługi cyfrowe o zupełnie odmiennym charakterze. Przykładowo usługa rozpowszechniania reklamy internetowej pozwala jej użytkownikom na udostępnianie treści (w tym przypadku reklamowych) do ogółu internautów

- ale z całą pewnością nie powinna być uznawana za usługę internetowego serwisu społecznościowego.

Poza doprecyzowaniem definicji „internetowego serwisu społecznościowego”, najnowszy projekt Ustawy Wolnościowej wprowadził także szereg wyłączeń – usług, które pomimo spełniania przesłanek tej definicji nie są internetowymi serwisami społecznościowymi w rozumieniu ustawy. Również tą zmianę ocenić należy pozytywnie, pozwala ona bowiem na wyłączenie spod zakresu podmiotowego Ustawy Wolnościowej tych usług, których dotyczą już inne regulacje krajowe lub europejskie. Wyłączenia te dotyczą konkretnych kategorii usług, m.in. usług pośrednictwa internetowego, platform udostępniania wideo czy komunikatorów.

W art. 3 ust. 1 pkt 4 projektu znalazło się wyłączenie, które wydaje się dotyczyć usług hostingowych i przechowywania w chmurach: „usługa polegająca na przechowywaniu na żądanie użytkownika treści przekazanych przez użytkownika, które nie są udostępniane, nawet potencjalnie, nieograniczonemu gronu innych użytkowników, w tym stron internetowych, ich części lub poszczególnych funkcjonalności”. **Treść tego wyłączenia jest jednak niejasna i wewnętrznie sprzeczna co utrudnia określenie które usługi w rzeczywistości spełniają jego przesłanki.** Według przytoczonego przepisu internetowym serwisem społecznościowym nie jest usługa przechowywania treści przekazanych przez użytkownika, pod warunkiem że treści te nie są udostępniane nieograniczonemu gronu innych użytkowników. Nie jest zatem jasne, czy definicję tę spełnia np., usługa przechowywania w chmurze pozwalająca na udostępnianie przechowywanych treści za pomocą otwartego linku, w taki sposób, że każda osoba posiadająca link ma dostęp do treści. Teoretycznie można w ten sposób udostępnić treść nieograniczonej liczbie osób, choć użytkownik wciąż ma kontrolę nad tym, jakie są to osoby. Jednocześnie jako usługę spełniającą przesłanki tej definicji wskazano usługę hostingu strony internetowej – a więc treści, do której z założenia będzie mieć dostęp nieograniczone grono użytkowników, co stoi w sprzeczności z pierwszą częścią definicji. W celu uniknięcia wątpliwości należałoby doprecyzować to wyłączenie i wyjaśnić, czy dotyczy ono wszystkich usług hostingowych i chmurowych, czy też tylko niektórych ich rodzajów.

3. Definicja treści o charakterze bezprawnym

Najnowszy projekt Ustawy Wolnościowej zakłada, że użytkownicy internetowych serwisów społecznościowych mają mieć zapewnioną możliwość zgłaszania rozpowszechniania za pośrednictwem serwisu treści o charakterze bezprawnym w drodze wewnętrznego postępowania kontrolnego. Od decyzji usługodawcy (który może albo ograniczyć dostęp do treści lub profilu użytkownika albo tego odmówić) zgłaszającemu, a także użytkownikowi który przesłał daną treść, przysługuje reklamacja. Od decyzji podejmowanych przez usługodawców w wyniku zgłoszenia reklamacji, użytkownicy, do których treści lub profili ograniczono dostęp, będą mogli wnieść skargę do Rady Wolności Słowa.

Nie jest obecnie jasne, czy w przypadku ograniczenia dostępu do treści lub profilu użytkownika z inicjatywy usługodawcy, użytkownikowi który udostępnił dane treści lub założył profil przysługuje jakikolwiek środek w ramach wewnętrznego postępowania

kontrolnego. Z literalnego brzmienia projektowanych przepisów wynika, że środek taki nie przysługuje – co należałoby ocenić pozytywnie. Gdyby od podejmowanych z inicjatywy usługodawcy decyzji o ograniczeniu dostępu do treści lub profilu użytkownicy mogli składać reklamacje, mogące następnie być przedmiotem skargi do Rady Wolności Słowa, mogłoby to doprowadzić do nadmiernej ostrożności przy usuwaniu niepożądanych treści i pozostawiania wpisów, które powinny podlegać usunięciu. Takie działanie usługodawców miałyby zdecydowanie negatywny wpływ na ilość niepożądanych (mogących m.in. negatywnie wpływać na dzieci i młodzież) treści w Internecie.

Wątpliwości wciąż nasuwa brak precyzyjnego określenia pojęcia „treści o charakterze bezprawnym”. **Definicja zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 7 Ustawy Wolnościowej zawiera nieostre pojęcia takie jak „dobre obyczaje” czy „wprowadzające w błąd informacje”. Stosowanie takich pojęć stanowi rzeczywiste ryzyko dla ochrony wolności słowa.** Jednocześnie treści nie naruszające wprost polskiego prawa nie powinny być usuwane, co uniemożliwi blokowanie treści zgodnych z prawem, ale szkodliwych np. ze względu na cechującą je nienawiść do różnego rodzaju mniejszości. Co więcej, może dochodzić do sytuacji, w których usługodawcy nie będą w stanie egzekwować w Polsce swoich obowiązujących na całym świecie regulaminów, przewidujących np. zakaz publikowania treści dyskryminujących, które niekoniecznie naruszają polskie prawo, ale są wyraźnie niepożądane w przestrzeni publicznej.

W definicji „treści o charakterze przestępnym” wskazano konkretne przepisy, w których określono czyny zabronione których pochwalanie lub nawoływanie do popełnienia bądź też popełnienie stanowi treść o charakterze przestępnym w rozumieniu Ustawy Wolnościowej. Najnowszy projekt poszerza katalog tych przepisów, wciąż jednak nie uzupełniono go o art. 191a k.k., dotyczący utrwalenia wizerunku nagiej osoby przy użyciu podstępów lub rozpoznania takiego wizerunku bez zgody osoby przedstawionej - będącego jednym z najczęstszych przestępstw internetowych.

4. Rada Wolności Słowa

Jak wskazywano wcześniej, istotne zastrzeżenie budzi wprowadzenie nowego regulatora polskiego Internetu – Rady Wolności Słowa (dalej również jako; „Rada”). Za pozytywne należy uznać zmiany w najnowszej wersji Ustawy Wolnościowej, znoszące delegację wielu obowiązków do UKE i pozostawiające je w Radzie. Również zmiana dotycząca przewodniczącego Rady wydaje się być dobrym rozwiązaniem, zważywszy na podkreślane wcześniej nachodzące na siebie kompetencje Rady Wolności Słowa i Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Powoływanie pozostałych członków Rady – zwłaszcza w przypadku nieuzyskania kwalifikowanej większości w pierwszym głosowaniu – wciąż może jednak prowadzić do upolitycznienia tego organu.

Projekt Rozporządzenia również zakłada ustanowienie krajowych organów odpowiedzialnych za przestrzeganie wprowadzanych przez AUC przepisów. Nie wiadomo, jak perspektywa ustanowienia Koordynatora ds. usług cyfrowych miałaby się do przewidywanej w Ustawie Wolnościowej Rady Wolności Słowa. **W związku z powyższym IAB Polska postuluje odbycie rzetelnej dyskusji, dotyczącej usytuowania systemie prawnym tego – kluczowego dla Internetu – organu.**

5. Rola zaufanych podmiotów sygnalizujących

Najnowszy projekt Ustawy Wolnościowej wprowadza nową instytucję „zaufanych podmiotów sygnalizujących”. W Rozdziale 3 opisano zasady ich wyznaczania, jednak **w projekcie nie opisano dokładnie na czym ma polegać ich działalność w zakresie wnoszenia reklamacji**. Z treści art. 22 ust. 6 Ustawy Wolnościowej wynika, że podmioty te mogą składać do usługodawców zgłoszenia i reklamacje, a z Rozdziału 6 wynika, że podmioty te mają możliwość składania skarg do Rady. W żadnym miejscu Ustawy Wolnościowej nie opisano jednak dokładnie jak zaufane podmioty sygnalizujące wpasowują się w wewnętrzne procedury reklamacyjne i postępowanie przed Radą. Można wnioskować, że ich zgłoszenia i reklamacje powinny dotyczyć wyłącznie treści rozpowszechniających dezinformację, jednak nie wiadomo czy taki podmiot może skierować do usługodawcy również zgłoszenie dotyczące innego rodzaju treści bezprawnych lub też czy może złożyć reklamację od decyzji wydanej w wyniku zgłoszenia treści przez inny podmiot. W ocenie IAB Polska kwestie te powinny zostać doprecyzowane.

Zgodnie z art. 22 ust. 6 Ustawy Wolnościowej usługodawcy mają wprowadzić „niezbędne środki techniczne i organizacyjne zapewniające priorytetowe i niezwłoczne rozpatrywanie zgłoszeń oraz reklamacji zaufanych podmiotów sygnalizujących”. Jednocześnie zgłoszenia i reklamacje użytkowników mają być rozpatrywane w ciągu 48 godzin od ich zgłoszenia. Już ten termin jest bardzo krótki i będzie wymagał od usługodawców ogromnego nakładu środków i pracy w celu jego dotrzymania. **Wprowadzenie środków, które miałyby umożliwić jeszcze szybsze i „priorytetowe” rozpatrywanie zgłoszeń i reklamacji zaufanych podmiotów sygnalizujących wydaje się zatem niemożliwe.**

6. Projektowanie zmiany związane ze „ślepych powództwem”.

Obok kwestii kontroli działalności polegającej na świadczeniu usług drogą elektroniczną za pośrednictwem internetowych serwisów społecznościowych, drugim obszarem projektowanej regulacji jest wprowadzenie mechanizmów, które mają umożliwić składanie tzw. „ślepych” powództw w przypadku naruszenia dóbr osobistych przez nieustaloną osobę w Internecie, z czym wiążą się zmiany do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej również jako: „UŚUDE”) nakładające obowiązek przechowywania (retencji) danych na wszystkich dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną.

- Nieproporcjonalność projektowanych przepisów i ich zbyt szeroki zakres podmiotowy

Dotychczasowa debata publiczna na temat projektowanej ustawy wydaje się koncentrować wokół przepisów projektu ustawy, które nakładają rygorystyczne, kontrowersyjne i nieuzasadnione obowiązki na internetowe serwisy społecznościowe, rodząc obawy o wprowadzenie upolitycznionych mechanizmów kontroli i wpływania na to, jakie treści są dozwolone i dostępne w tzw. polskiej części Internetu. Biorąc pod uwagę potencjalnie dewastujący wpływ projektowanej regulacji na wolność słowa i dostępność informacji w Internecie nie może dziwić, że dyskurs publiczny ogniskuje się przede wszystkim na tym zagadnieniu. Jeśli w debacie publicznej pojawiają się inne wątki dotyczące projektu ustawy to dotyczą one tej części projektu, która ma wprowadzić tzw. „ślepe” powództwa, niemniej jednak zbyt rzadko i mało się mówi o negatywnych skutkach

ubocznych, które dotkną nie tylko dla internetowe serwisy społecznościowe, lecz wszystkich dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną, a więc niemal wszystkich przedsiębiorców, którzy oferują swoje usługi w Internecie. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy może być choćby to, że zarówno Ustawa Wolnościowa, nakładająca obowiązki na internetowe serwisy społecznościowe, jak i obowiązująca ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną na pewnym etapie zaczynają posługiwać się skróconym terminem „usługodawcy”, który na gruncie obu ustaw ma jednak całkiem inny zakres pojęciowy. Obowiązki wynikające z Ustawy Wolnościowej adresowane są do „usługodawców” rozumianych jako osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które świadczą usługi internetowego serwisu społecznościowego, którym jest usługa umożliwiająca udostępnianie przez użytkowników dowolnych treści innym użytkownikom lub ogółowi, z której korzysta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej jeden milion użytkowników, którzy założyli profil użytkownika. Zatem adresatem obowiązków przewidzianych w projekcie ustawy jest stosunkowo wąska grupa podmiotów. Natomiast na potrzeby wprowadzenia tzw. „ślepych” powództw projektowana ustawa przewiduje szereg zmian do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, a najważniejszą z nich jest nałożenie na „usługodawców” obowiązku przechowywania danych, o których mowa w art. 18 ust. 1 i 5 UŚUDE, generowanych lub przetwarzanych w trakcie prowadzonej przez usługodawcę działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez okres 12 miesięcy, licząc od dnia połączenia z systemem teleinformatycznym, do którego mają dostęp użytkownicy. Przy czym tak zakreślony obowiązek retencji danych jest adresowany do „usługodawców” w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (a nie w rozumieniu Ustawy Wolnościowej), a więc **adresatem obowiązku retencji danych będą wszystkie podmioty, które świadczą swoje usługi w Internecie, bez względu na charakter świadczonej usługi, wielkość usługodawcy i liczbę użytkowników.**

W tym miejscu na marginesie dodać trzeba, że art. 18 i art. 18a UŚUDE w brzmieniu nadawanym projektowaną ustawą należy interpretować w taki sposób, że dostawca usług świadczonych drogą elektroniczną będzie miał obowiązek przechowywania przez 12 miesięcy tych danych, które zebrał, korzystając z uprawnienia do zbierania danych (art. 18 ust. 1 i 5 UŚUDE).

- Negatywne skutki ekonomiczne projektu ustawy

Pamiętać również trzeba, że dane objęte obowiązkiem retencji mają być wykorzystywane nie tylko na potrzeby tzw. „ślepych” powództw w sprawach cywilnych (o naruszenie dóbr osobistych), ale będą musiały być udostępniane również policji oraz innym służbom i organom państwa, uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów, na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań karnych. Fakt, że dane obejmowane obowiązkiem retencji będą musiały być udostępniane uprawnionym organom państwa wynika z niezmienionego ust. 6 w art. 18 UŚUDE, który stanowi, że *usługodawca nieodpłatnie udostępnia dane, o których mowa w ust. 1-5, organom państwa uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań.* Przepis ten obecnie dotyczy danych, które nie są objęte obowiązkiem retencji, natomiast po projektowanych zmianach przepis ten będzie odnosił się m.in. do danych objętych obowiązkiem retencji.

Znając już zakres podmiotowy planowanego obowiązku retencji danych i mając świadomość, że jeśli projektowane przepisy weszłyby w życie w obecnym kształcie, to obowiązek retencji objąłby niemal wszystkich polskich przedsiębiorców świadczących usługi w Internecie, a dane musiałyby być udostępniane nie tylko sądom cywilnym ale również organom państwa, należy stanowczo podkreślić, że **tak zakreślony obowiązek retencji danych jest rozwiązaniem kosztownym, szkodliwym gospodarczo i społecznie, nieproporcjonalnym, nieadekwatnym oraz godzącym w prawo Unii Europejskiej, kształtowane w tym zakresie przez liczne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE).**

Jeśli chodzi o koszty nowego obowiązku, pamiętać należy że w obecnym stanie prawnym każdy dostawca usług świadczonych drogą elektroniczną samodzielnie określa jakie dane osobowe i eksploatacyjne swoich użytkowników chce zbierać i jak długo chce przechowywać (przetwarzać) tak zebrane dane, przy czym oba czynniki determinowane są przede wszystkim charakterem świadczonej usługi. Projektowana ustawa i planowany obowiązek przechowywania danych zmienia ten stan rzeczy, gdyż swobodę decydowania o tym, jak długo dane mają być przechowywane zastępuje nakazem ich przechowywania przez okres 12 miesięcy. Dla dostawców, którzy obecnie dane przechowują krócej niż 12 miesięcy będzie to oznaczało wzrost kosztów prowadzenia działalności, gdyż konieczny będzie zakup i utrzymanie własnych zasobów lub wykupienie odpowiedniej usługi, pozwalającej na przechowanie danych przez okres 12 miesięcy. Przechowywanie danych staje się obecnie coraz droższe, z uwagi na rosnące stale ceny energii elektrycznej oraz ograniczenia w dostępności urządzeń wywołane pandemią i sytuacją międzynarodową. Takie dodatkowe koszty, w szczególności dla małych podmiotów działających w tzw. polskim Internecie mogą oznaczać albo podniesienie cen swoim użytkownikom albo brak rentowności i zamknięcie działalności. Z perspektywy osób, które dopiero chcą zacząć swoją działalność zawodową lub zarobkową w Internecie obowiązek retencji danych będzie kolejną barierą wejścia i obciążeniem, którego wykonanie trzeba będzie zabezpieczyć jeszcze przed rozpoczęciem działalności. Może to oznaczać mniejszą niż obecnie konkurencję na rynku usług i treści cyfrowych, mniejszą różnorodność i dostępność dla użytkowników oraz wyższe ceny.

- Niezgodność projektowanych przepisów z prawem UE w odniesieniu do retencji danych

Niezwykle ważnym elementem dyskusji nad Ustawą Wolnościową jest również fakt, że planowany obowiązek retencji danych jest rozwiązaniem jednoznacznie godzącym w prawo Unii Europejskiej, kształtowane w tym zakresie w szczególności przez liczne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Rozstrzygnięcia te dotyczyły bezpośrednio obowiązku retencji danych telekomunikacyjnych, niemniej jednak bazują one m.in. na Karcie Praw Podstawowych, dyrektywie e-Privacy i dotyczą niemal identycznego stanu faktycznego i prawnego jak ten, który ma zostać wprowadzony projektowaną ustawą, a co za tym idzie istota tych rozstrzygnięć pozostaje aktualna również na gruncie usług świadczonych drogą elektroniczną. Omawianie szczegółowo wszystkich wyroków TSUE w tym zakresie wykracza poza ramy niniejszego stanowiska, w związku z czym skupimy się tylko na najważniejszych wnioskach. Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2014 r. w połączonych sprawach C 293/12 i C 594/12 Digital Rights Ireland Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził nieważność dyrektywy retencyjnej (2006/24/WE), w efekcie dyrektywa ta przestała obowiązywać i została usunięta z porządku prawnego UE. Następnie w dniu 21 grudnia

2016 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie Tele2 Sverige i Watson (połączone sprawy C 203/15 i C 698/15), w którym uznał, że sprzeczne z prawem UE są przepisy krajowe, które:

- przewidują do celów zwalczania przestępczości uogólnione i nieodróżniane zatrzymywanie wszystkich danych o ruchu oraz danych dotyczących lokalizacji wszystkich abonentów i zarejestrowanych użytkowników wszystkich środków łączności elektronicznej;
- do celów walki z poważną przestępczością, nie uzależniają przyznania dostępu do danych retencyjnych uprawnionym organom od uprzedniej kontroli sprawowanej przez sąd lub niezależny organ administracyjny i nie ustanawiają wymogu, aby dane te były przechowywane na obszarze Unii.

W kolejnych wyrokach Trybunał konsekwentnie podtrzymywał wcześniejszą linię orzecznictwa, dając jednoznaczne wskazówki co do tego, jakie rozwiązania są niezgodne z prawem UE oraz wskazując warunki, jakie musi spełnić prawodawstwo krajowe, aby rozwiązania dotyczące retencji i udostępniania danych organom i służbom mogły być uznane za zgodne z prawem UE. I tak w wyroku z dnia 6 października 2020 r. w sprawie C-623/17 Privacy International Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że niezgodne z prawem UE są takie przepisy prawa krajowego, które umożliwiają organowi państwa nałożenie na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązku uogólnionego i nieodróżnionego transmitowania służbom wywiadu i bezpieczeństwa danych o ruchu i danych o lokalizacji do celów ochrony bezpieczeństwa narodowego. Natomiast w wyroku z dnia 6 października 2020 r. w połączonych sprawach C 511/18, C 512/18 oraz C 520/18 La Quadrature du Net Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł m.in., że:

- prawo UE stoi na przeszkodzie środkom ustawodawczym nakładającym na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązek prewencyjnego, uogólnionego i nieodróżnionego, zatrzymywania danych o ruchu i danych o lokalizacji;
- prawo UE stoi na przeszkodzie środkom ustawodawczym nakładającym na dostawców dostępu do usług internetowej komunikacji publicznej i na dostawców usług hostingowych obowiązek uogólnionego i nieodróżnionego zatrzymywania między innymi danych osobowych dotyczących tych usług.

Mając na uwadze powyższe projektowany obowiązek retencji danych musi zostać uznany za niezgodny z prawem UE, gdyż ma charakter ogólny i nieodróżniony (dotyczy każdego użytkownika usług świadczonych w Internecie), nie jest ograniczony tylko do przypadków, gdy dane takie są niezbędne do zwalczania poważnych przestępstw, a w projektowanych przepisach brak jest gwarancji realnej, uprzedniej kontroli sprawowanej przez sąd (obecnie obowiązujące w tym zakresie mechanizmy kontrolne są formalną fikcją).

Biorąc pod uwagę negatywny wpływ projektowanego obowiązku na kondycję ekonomiczną polskich przedsiębiorców świadczących usługi w Internecie, jak również jednoznaczny i poważny konflikt projektowanego obowiązku z prawem Unii Europejskiej, przepis

przewidujący obowiązek retencji danych powinien zostać usunięty w całości z projektu ustawy.

- Pozyskiwanie danych na potrzeby „ślepych” powództw

Rozumiejąc dążenie do wprowadzenia instytucji tzw. „ślepych” powództw, jako narzędzia pozwalającego użytkownikowi na obronę swoich praw wobec naruszeń dóbr osobistych, jakie mają miejsce w Internecie, zwracamy w pierwszej kolejności uwagę na fakt, że usunięcie z projektu obowiązku retencji danych wbrew pozorom wcale nie musi oznaczać, że „ślepe” powództwa nie mogą zaistnieć. Po wprowadzeniu niezbędnych zmian do tej części projektu ustawy, która wprowadza „ślepe” powództwa do ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (taką niezbędną zmianą jest choćby usunięcie nadmiernie surowych kar za nieprzekazanie danych przez usługodawcę), instytucja ta może zaistnieć również bez obowiązku retencji danych, gdyż wystarczy wyposażyć sąd cywilny (jak to czyni projektowana ustawa) w uprawnienie do żądania od dostawcy usług świadczonych drogą elektroniczną przekazania danych na potrzeby ustalenia pozwanego, jeśli dane takie są w posiadaniu usługodawcy. Usługodawca, zobowiązany do przekazania danych, jeśli je posiada, przekaze takie dane sądowi. Z tego też względu obowiązek retencji danych wydaje się również przedwczesny, gdyż pierwszym krokiem powinno być wprowadzenie do porządku prawnego instytucji „ślepych” powództw bazujących na mechanizmie przekazywania przez usługodawcę, na żądanie sądu cywilnego, tych danych, które w momencie wpłynięcia żądania usługodawca posiada (bez obowiązku retencji). Gdyby się okazało (czego w polskich warunkach nikt nigdy nie sprawdził), że taki mechanizm jest niewystarczający, to dopiero wtedy należy zidentyfikować konkretne problemy i rozpocząć prace nad ich wyeliminowaniem, przy czym nie można wykluczyć, że nie będzie to wcale potrzebne. Biorąc pod uwagę, że obowiązek retencji danych dla dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną nie jest warunkiem *sine qua non* wprowadzenia instytucji „ślepych” powództw można dywagować, czy wprowadzenie obowiązku retencji ma faktycznie służyć „ślepych” powództwom, czy może chodzi tak naprawdę o zwiększenie dostępności danych dla organów państwa na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań, korzystających z normy wyrażonej w art. 18 ust. 6 UŚUDE. Powyższe jest dodatkowym argumentem przemawiającym za usunięciem z projektu ustawy obowiązku retencji danych.

Przechodząc do analizy możliwych rozwiązań mitygujących negatywny wpływ projektowanego obowiązku na gospodarkę i prywatność użytkowników, innych niż postulowane przez nas usunięcie tego obowiązku z projektu ustawy (co jest rozwiązaniem pożądanym i optymalnym), należy jeszcze raz przypomnieć, że obowiązek ten jest nieproporcjonalny i nieadekwatny, gdyż będzie dotyczył wszystkich dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną, a więc również dostawców takich usług, które nie umożliwiają swoim użytkownikom zamieszczania jakichkolwiek treści pochodzących od użytkownika, co stawia takie podmioty i usługi poza obszarem, w którym może dochodzić do naruszenia dóbr osobistych przez użytkowników i stosowania „ślepych” powództw. Przykładem takich usługodawców i usług niech będą choćby serwisy VOD z filmami udostępnianymi przez serwis, gdzie użytkownik może jedynie obejrzeć udostępnione seriale i filmy, ale nie może w żaden sposób zamieszczać w serwisie swojej treści, co wyklucza możliwość naruszenia przez użytkownika dóbr osobistych innego użytkownika. Zatem taki serwis VOD, choć ze względu na charakter i technologię świadczonej usługi nigdy nie może zostać wykorzystany

przez jednego użytkownika do naruszenia dóbr osobistych innego użytkownika, zmuszony byłby do przechowywania przez 12 miesięcy zbieranych przez siebie danych, na potrzeby obsłużenia żądania sądu cywilnego, które nigdy nie nadejdzie. Takich przykładów można znaleźć znacznie więcej i będą one dotyczyły również tych wszystkich usługodawców i tych wszystkich usług świadczonych drogą elektroniczną, które nie dają możliwości użytkownikom zamieszczenia w serwisie treści pochodzących od użytkowników – wszyscy dostawcy tego typu usług będą musieli ponosić koszty obowiązku retencji danych na potrzeby „ślepych” powodztw, choć charakter świadczonych przez te podmioty usług wyklucza naruszenie dóbr osobistych w serwisie przez użytkownika, wykluczając też możliwość otrzymania wezwania z sądy cywilnego do przekazania danych. **Z powodów oczywistych nie można zaakceptować rozwiązania, które zmusza przedsiębiorcę do ponoszenia kosztów obowiązku prawnego, który w jego przypadku nie ma żadnego uzasadnienia.** Innymi słowy, obowiązek retencji danych mógłby być adresowany tylko i wyłącznie do dostawców tych usług, które umożliwiają zamieszczanie w serwisie treści pochodzących od użytkowników (przykładowo tzw. *social media*), gdyż tylko w tych przypadkach może dojść do sytuacji, w której użytkownik o nieustalonej tożsamości narusza dobra osobiste innego użytkownika. I być może taki był pierwotny zamysł Projektodawcy i zasadnym wydaje się doprecyzowanie projektowanego przepisu tak, aby ten cel osiągnąć. Ślad takiego myślenia można odnaleźć w uzasadnieniu do art. 21 projektowanej ustawy, gdzie czytamy, że „Wprowadzenie do niniejszego projektu retencji danych jest istotnym elementem regulacji działalności internetowych serwisów społecznościowych, która ma za zadanie zapewnić należytą ochronę praw obywateli w przypadku zaprzestania przez usługodawcę świadczenia usług.”

Biorąc powyższe pod uwagę, w pełni podtrzymując wcześniejsze uwagi, w tym postulat usunięcia w całości z projektowanej ustawy obowiązku retencji danych, jeśli prace legislacyjne w tym zakresie miały by być kontynuowane, konieczne jest zracjonalizowanie i uczynienie adekwatnym zakresu podmiotowego projektowanego obowiązku, tak, aby obowiązek przechowywania danych dotyczył wyłącznie usługodawców w rozumieniu Ustawy Wolnościowej. Koniecznym jest również wprowadzenie do projektowanych przepisów rozwiązań, które zapewnią, że obowiązek przechowywania danych zostanie skonstruowany z poszanowaniem wcześniej przywołanych wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

7. Projektowane zmiany w ustawie Prawo prasowe

Art. 40 Ustawy Wolnościowej ustawy zakłada nowelizację ustawy Prawo prasowe poprzez dodanie nowego art. 35a. Nowy przepis ma zobowiązać redaktora naczelnego periodyku do nieodpłatnego opublikowania orzeczeń sądu o naruszeniu dóbr osobistych. Wedle uzasadnienia projektu „nowelizacja ma na celu umożliwienie osobom, które naruszyły dobra osobiste właśnie za pośrednictwem tej prasy, naprawienia krzywdy poniesionej w związku z publikacją”.

Proponowana zmiana jest niezrozumiała z wielu względów. Jeżeli celem ustawodawcy było nałożenie obowiązku bezpłatnej publikacji na ten publikator, który dopuścił się naruszeń, to intencja ta nie wynika bezpośrednio z artykułu 35a. Z literalnego brzmienia przepisu nie wynika jasno, że do bezpłatnej publikacji będzie zobowiązany ten periodyk, w którym doszło do naruszeń,

a nie każde wydawnictwo lub czasopismo po otrzymaniu orzeczenia sądu o stosownym brzmieniu. Ponadto, zgodnie z praktyką sądową obowiązek bezpłatnego rozpowszechnienia w periodyku naruszającym cudze dobra osobiste wynika już z samego orzeczenia. Praktyka pokazuje że koszty publikacji nie stają zwykle na drodze rozpowszechnieniu przeprosin periodyku, który dopuścił się naruszenia.

Trudne do zrozumienia jest jednozdaniowe uzasadnienie zmiany, wedle której ma ona „na celu zmotywowanie redaktorów naczelnych do weryfikowania publikowanych materiałów prasowych pod kątem ewentualnych naruszeń dóbr osobistych osób trzecich.” Należy założyć że redaktorzy naczelni już na gruncie obecnego przepisów są należycie zmotywowani do weryfikacji publikowanych materiałów. Uchybienia w tym zakresie, tj. stwierdzone przez sąd niedostatki w kontroli czy weryfikacji materiału prasowego, mogą znaleźć swoje odzwierciedlenie m.in. w wysokości przyznawanego zadośćuczynienia. Zasadnie można się obawiać, że wprowadzenie artykułu 35a wprowadzi efekt określany jako „mrożący”, kiedy to nie będzie dochodziło do publikowania materiałów prasowych dotyczących istotnych kwestii, ale narażonych na szykany w postaci postępowań sądowych, które wielokrotnie wszczynane są wyłącznie w celu udowodnienia czyichś racji.

III. WNIOSKI

W ocenie IAB Polska projektodawca nie tylko dubluje w Ustawie Wolnościowej rozwiązania zawarte w unijnym projekcie - Akt o usługach cyfrowych, ale jednocześnie wprowadza zapisy, które niewspółmiernie obciążą usługodawców, będą szkodliwe dla całego rynku internetowego i nie zagwarantują odpowiedniej ochrony użytkownikom serwisów społecznościowych, a wręcz mogą przynieść skutek zgoła przeciwny. **Mając na uwadze powyższe stanowisko postulujemy zaniechanie kontynuowania prac nad Ustawą Wolnościową**, ewentualnie wprowadzenie opisanych w treści niniejszego stanowiska niezbędnych zmian.

Z poważaniem,



Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu

Do wiadomości:

Sz.P. Michał Pukaluk – Dyrektor Departamentu Polityki Cyfrowej, KPRM