
Uwagi dotyczące projektu nowelizacji art. 179a prawa telekomunikacyjnego i wprowadzenia Rejestru Stron i Usług Niedozwolonych

Marcin Maruta, Roman Bieda, Bohdan Widła

Wstępne zastrzeżenie: poniższe uwagi mają charakter roboczy i nie są formalną opinią prawną. Ze względu na czas ich opracowania to raczej zasygnalizowanie problemu niż jego analiza. Jest to nasz głos w dyskusji, głos prywatny, a nie w imieniu kancelarii w której pracujemy.

Na samym wstępie pragniemy zauważyć, że kwestie związane z Rejestrem i całą nowelizacją można rozpatrywać na kilku płaszczyznach. Z naszego punktu widzenia istotne są co najmniej trzy obszary:

Obszar prawny – zarówno w aspekcie praw obywateli, wolności słowa, uprawnień organów Państwa etc jak i w ścisłym aspekcie ewentualnych wad planowanej nowelizacji. Pierwszy aspekt uważamy za priorytetowy – nowelizacja wprowadza zupełnie nowy mechanizm, w praktyce nie stosowany (a na pewno nie „przetestowany”) w społeczeństwach demokratycznych. Tego typu regulacje wymagają poważnej dyskusji o samej zasadzie i ramach takich regulacji – w szczególności konsultacje społeczne powinny mieć o wiele większy zasięg niż się stało. Oddźwięk, jaki spowodował projekt nowelizacji także świadczy o konieczności dodatkowych rozmów i potrzebie czasu do namysłu. W naszej opinii nowelizacja nie wymaga natychmiastowego uchwalenia – nie było jej do tej pory, nie ma jej odpowiednika (z bardzo nielicznymi wyjątkami) w innych państwach, ciężko znaleźć uzasadnienie dla tak szybkich prac.

W zakresie wad nowelizacji wskazujemy kilka przykładowych – pełen katalog wymaga profesjonalnej opinii prawnej.

Drugi obszar to obszar techniczny – w naszej opinii weryfikacji powinien podlegać koszt i dolegliwość wprowadzenia rozwiązań w stosunku do uzyskanych korzyści. Zgodnie z naszą najlepszą wiedzą, praktyczna implementacja rejestru może spowodować duże przeszkody techniczne i finansowe, a osoby zainteresowane takimi usługami i tak będą miały stosunkowo łatwy dostęp do takich stron. Dobrym przykładem takich kłopotów jest problem adresu elektronicznego – jeżeli będzie on na poziomie domeny (co bardzo prawdopodobne), to zablokuje wszystkie adresy IP „ukryte” pod daną domeną. W ten sposób można zablokować szereg legalnych domen (takie przypadki zresztą miały miejsce np. przy blokowaniu spamu) – pojawia się poważna wątpliwość czy potencjalna dolegliwość takich działań nie jest groźniejsza niż cel blokowania stron. Z drugiej strony identyfikacja konkretnego komputera może okazać się niemożliwa, wymagałaby olbrzymiej rozbudowy systemów filtrujących przez dostawców internetu i na dodatek w praktyce odczytywania pakietów, by zlokalizować taki poszczególny komputer. Jedyнным skutecznym mechanizmem byłoby

wprowadzenie czegoś na kształt „firewall’a narodowego”, ale tego typu rozwiązania są stosowane wyłącznie w Chinach, Birmie i krajach o innym podejściu do praw obywateli niż powinno charakteryzować państwo będące członkiem Unii Europejskiej.

Trzeci obszar ma inny wymiar – chodzi o kolejną próbę przerzucenia obowiązków i kosztów ciążących na organach państwa na przedsiębiorstwa telekomunikacyjne i dostawców internetu. Tak się stało przy retencji danych, tak jest planowane przy regulacjach spamu, tak jest w omawianej propozycji. W naszej opinii tego typu działania są niedopuszczalne i niepożądane z kilku powodów: zwykłej uczciwości, ponownie zakresu dolegliwości do efektów oraz kosztów, które są przerzucane na użytkowników. Działania Państwa nie powinny – bez wyjątkowej sytuacji – prowadzić do obciążania przedsiębiorstw budową odrębnych struktur technicznych na swój koszt i w rezultacie nie powinny prowadzić do podwyższenia kosztów usług, de facto o charakterze powszechnym. A na dodatek chwalenia się takim mechanizmem w uzasadnieniu do projektu nowelizacji.

Projekt – streszczenie

1. Powstaje Rejestr Stron i Usług Niedozwolonych (prowadzi go Prezes UKE).
2. Wpisowi podlegają „adresy elektroniczne pozwalające na identyfikację stron internetowych lub innych usług”, zawierających:
 - a) treści pornograficzne (małoletni, przemoc, zwierzęta)
 - b) treści umożliwiające uzyskanie informacji do: dokonania operacji finansowych bez zgody dysponenta, przez:
 - i. wpływanie na dane informatyczne (wpływ na przetwarzanie, gromadzenie, przekazywanie; usuwanie lub zmiana)
 - ii. w celu osiągnięcia korzyści majątkowych
 - c) treści umożliwiające urządzenie gier hazardowych bez zezwolenia lub reklamujących/promujących hazard
3. Wpisu, zmiany wpisu, wykreślenia dokonuje sąd (SO w Warszawie) na wniosek Policji, ABW, wywiadu skarbowego, Służby Celnej. Zmiana lub wykreślenie także na wniosek podmiotu prowadzącego stronę lub usługę.
4. Skutek wpisu to obowiązek ISP:
 - a) utrudniania dostępu do stron/usług przez „blokowanie dostępu do adresów elektronicznych wpisanych do Rejestru”, nie później niż 6h od udostępnienia danych ISP
 - b) odblokowania dostępu w tym samym terminie

- c) poinformowania użytkownika końcowego drogą elektroniczną o blokadzie z podaniem podstawy prawnej i informacją o organie prowadzącym rejestr
5. Przesłanki złożenia wniosku:
- a) „inne środki, w szczególności urzędowe zawiadomienie o którym mowa w art. 14 uśude” bezskuteczne, albo
 - b) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że te środki będą nieskuteczne lub nieprzydatne dla usunięcia treści lub utrudnienia dostępu (takiego, które jest równoznaczne z zablokowaniem).
6. Forma wniosku:
- a) drogą elektroniczną,
 - b) ze wskazaniem podmiotu, którego to strona,
 - c) ze wskazaniem adresu elektronicznego „z zachowaniem proporcjonalności i możliwie najmniejszej dolegliwości zakresu blokowania”,
 - d) z uzasadnieniem dot. treści i spełnienia przesłanek (nieskuteczności innych środków)
 - e) dokumentację przechowuje organ wnioskujący
7. Procedura:
- a) stosuje się odpowiednio przepisy kpk
 - b) skład jednoosobowy, na posiedzeniu
 - c) orzeczenie w drodze postanowienia
 - d) doręczenie postanowienia tylko jeżeli podmiot został wskazany
 - e) zażalenie na postanowienie:
 - i. uprawnione podmioty mogące wnioskować o wpis i podmiot, którego to strona/usługa
 - ii. w terminie 14 dni od dnia wpisu lub jego zmiany
 - iii. należy załączyć „dokument potwierdzający tytuł prawny do strony internetowej” lub oświadczenie, że jest się podmiotem świadczącym usługę
8. Postanowienia przekazywane są elektronicznie Prezesowi UKE. Prezes udostępnia dane ISP (oprócz danych dot. czasu i podstawy dokonania wpisu do Rejestru, jego zmiany lub wykreślenia). ISP nie mogą udostępniać danych z Rejestru. Informacji o wpisie lub jego braku udziela Prezes UKE.
9. Koszty udostępniania danych uprawnionym podmiotom oraz Służbie Celnej, a także sądowi i prokuratorowi, przerzucono na ISP.

10. Delegacje ustawowe:

- a) obligatoryjne dla PRM:
 - i. rozporządzenie o wzorze wniosku i zakresie danych, w tym postaci adresów elektronicznych;
 - ii. rozporządzenie o sposobie składania wniosku, prowadzenia rejestru, udostępnianiu danych z rejestru, udzielania informacji o wpisie.
- b) fakultatywne dla RM: rozporządzenie o rodzajach przedsiębiorców, którzy nie muszą blokować stron i usług

Uzasadnienie – streszczenie

11. Zasadniczy cel – zmniejszenie kręgu osób korzystających ze stron, które „zawierają treści wywołujące negatywne skutki dla społeczeństwa”.

12. Uzasadnienie takich kategorii stron:

- a) pornografia z przemocą lub z udziałem dzieci i zwierząt – ponieważ jest penalizowana w kodeksie karnym;
- b) dokonywanie operacji finansowych bez zgody dysponenta – ponieważ „kradzieże i oszustwa internetowe (...) są kategorią stosunkowo nową, ale ich udział w ogólnej liczbie kradzieży ulega systematycznemu zwiększeniu”;
- c) urządzenie gier hazardowych lub reklama/promocja/informacja o sponsorowaniu – „zapewnienie bezpieczeństwa i zdrowia obywateli, ochronę konsumentów oraz zapobieganie oszustwom”.

13. Uzasadnienie obowiązków nałożonych na ISP:

- a) „utrudnianie przez blokowanie”, a nie „blokowanie”, żeby ISP nie odpowiadał za techniki obchodzenia blokady, jeżeli prawidłowo wykonał obowiązek,
- b) obowiązek odblokowania „chroni interesy dostawców zasobów” (w naszej opinii jest to założenie fikcyjne, zwazywszy na charakter biznesu internetowego i czas na pełną procedurę odblokowania wniosku),
- c) obowiązek informowania użytkowników końcowych ma podnosić „świadomość społeczeństwa na temat niedozwolonych działań”.

14. Uzasadnienie katalogu wnioskodawców – to „organy, do których ustawowych zadań należy zapobieganie i zwalczanie naruszeń przepisów prawa zakazujących rozpowszechniania określonych treści”.

15. Uzasadnienie przesłanek wniosku (wyczerpanie innych środków) – o „uzasadnionym podejrzeniu” będzie mowa głównie przy okazji stron zagranicznych.

16. Uzasadnienie regulacji proceduralnych:

- a) sądowa kontrola w celu ochrony przed „możliwością nadmiernie represyjnego działania”;
- b) organ wnioskujący ma „obowiązek starannego określenia danych”, czyli „wyboru wariantu optymalnego” między skrajnościami:
 - i. „dokładny adres elektroniczny”, przez co autor uzasadnienia rozumie unikatowy adres IP, ale także unikatowy numer portu komunikacyjnego
 - ii. adres wskazujący na zakres zasobów (przez co autor uzasadnienia rozumie np. zakres IP, adres serwera, adres domenowy).

Wnioskujący ma tak definiować adres, aby „w możliwie najlepszy sposób chronić zarówno interesy usługodawców prowadzących legalną działalność internetową, jak i przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Takie rozwiązanie pozwala bowiem w pewnym zakresie uniknąć sytuacji, gdy na serwerach funkcjonują zarówno usługi legalne, jak i nielegalne” (w naszej opinii w dużej części przypadków będzie to powodowało istotne utrudnienia – zapewne wnioskodawcom będzie albo łatwiej albo wręcz nie będą mieli innej możliwości niż wskazanie na „zakres zasobów”).

- iii. dokumentacja zbierana jest przez organ wnioskujący „dla celów rozpatrzenia wniosku o cofnięcie” oraz „ewentualnych postępowań odwoławczych”

c) kontrola instancyjna:

- i. obowiązek wskazania tytułu prawnego ma „zapobiec składaniu zażaleń i wniosków przez podmioty nieuprawnione”

17. Udostępnianie danych ISP – udostępnia się tylko kwestie techniczne, pozwalające wykonać obowiązek

18. Obowiązki informacyjne Prezesa UKE – ograniczone do informacji, czy to blokada z powodu rejestru, czy inny powód.

Komentarz i wątpliwości (kilka uwag przykładowych, z zastrzeżeniem, że nie dokonywaliśmy pełnej oceny prawnej)

19. Zasadność i dopuszczalność wprowadzenia Rejestru i obowiązku blokowania

- a) Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie wskazywał, że wolność słowa wynikająca z art. 54 Konstytucji (a także z art. 10 EKPC i art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych) „nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne”, a gwarancja wolności słowa dotyczy wyrażania poglądów w każdej formie i każdych okolicznościach (tak w wyrokach w sprawach K 4/06, P 3/06, P 10/06, SK 16/07).

- b) Czy dopuszczalne jest w ogóle prewencyjne blokowanie stron internetowych? Każda ingerencja w wolność wypowiedzi wymaga wypełnienia przesłanek z art. 31 ust. 3 Konstytucji, to znaczy musi być spełniony któryś z wymienionych tam celów oraz musi być zachowana zasada proporcjonalności. Przesłanki z art. 31 ust. 3 to: konieczność w demokratycznym państwie dla ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia lub moralności publicznej, albo praw i wolności innych osób. Wolność słowa ma fundamentalne znaczenie, stąd ograniczanie jej treści musi przejść szczególnie surową kontrolę (K 4/06, SK 16/07). Dopiero po przejściu tego testu rozważa się, czy regulacja jest proporcjonalna, tzn. faktycznie przydatna, jej wprowadzenie jest konieczne i czy obciążenia są proporcjonalne do efektów (K 8/07). Uzasadnienie ustawy ogranicza się do stwierdzenia, że pewne treści są penalizowane, a inne są „szkodliwe”. Nie wykazuje w żaden sposób proporcjonalności środka w postaci blokady.
- c) Co to znaczy „adres elektroniczny pozwalający na identyfikację stron internetowych lub innych usług”? Ustawa zostawia tu ogromne pole luzu interpretacyjnego, a przy tym tę jedną z kluczowych spraw, zostawia Prezesowi Rady Ministrów do uregulowania w rozporządzeniu (co może naruszać nakaz wyłącznie ustawowego ograniczania praw i wolności: zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji). W uzasadnieniu ustawy wyraźnie wskazano, że wiele zależeć będzie od wnioskodawcy, czyli Policji, ABW, S.C., wywiadu skarbowego. Nie wiadomo, czy blokada ma obejmować jedną konkretną stronę (URL wskazujący na konkretny dokument), cały serwis internetowy, określony adres IP, zakres adresów IP, czy nawet, co sugeruje wnioskodawca, cały port komunikacyjny (wyobraźmy sobie zablokowanie portu 80, obsługującego protokół HTTP). Ustawa ograniczająca prawa i wolności powinna być dostatecznie precyzyjna, zgodnie z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.
- d) W naszej opinii innym błędem nowelizacji jest nieściśle określenie treści stanowiących o przymocie „strony niedozwolonej”. Może okazać się, że zakres blokowanych stron będzie o wiele szerszy niż planowany, mimo braku takich intencji ustawodawcy (np. nie wiadomo czy blokować strony nie zawierające niedozwolonych treści wprost, ale na których występują reklamy / np. system reklam google/ podmiotów oferujących takie usługi – jest to częsty przypadek w praktyce, a lektura nowelizacji wskazuje, że sądy mogą być „zmuszone” do wpisania strony do rejestru).
- e) Uzasadnienie ustawy pośrednio, ale wyraźnie dopuszcza taką sytuację, w której zablokowane są „legalne”, to znaczy nie kwalifikujące się do rejestru usługi. Można to uznać za naruszenie wolności wypowiedzi (art. 54 Konstytucji) i naruszenie zasady proporcjonalności, skoro z góry dopuszcza się taki „collateral damage”.
- f) Dlaczego jednakowo traktuje się treści wyraźnie penalizowane przez kodeks karny i te, które nie są karalne?

20. Zasadność i dopuszczalność nałożenia obowiązku blokady na ISP

- a) Ustawa przerzuca koszty egzekwowania wpisu do Rejestru na ISP. Uzasadnienie w żaden sposób nie uzasadnia takiego ujęcia problemu, uznając to wręcz za zaletę. Pewnie próbować można kwestionować w tym zakresie zgodność ustawy z zasadą swobody działalności gospodarczej wynikającą z art. 20 Konstytucji. Powoduje też wzrost kosztów usług telekomunikacyjnych.

21. Wątpliwości związane z procedurą:

- a) Postępowanie ma się toczyć na zasadach kpk, ale bardzo często będzie ono de facto „jednostronne”, bo o tym, czy druga strona się w ogóle będzie znana sądowi, zadecyduje wnioskodawca (wskazując ją lub nie we wniosku). To samo dotyczy doręczania postanowienia – jeżeli wnioskodawca nie wskaże drugiej strony, postanowienie nigdy nie zostanie jej doręczone. Można sobie bez trudu wyobrazić sytuację, w której służba zgłaszająca stronę do rejestru nawet nie podejmuje próby ustalenia tego, kto „stoi za stroną” i osoba ta dowie się o wpisie w momencie blokady.
- b) Dlaczego termin na zażalenie liczony jest od dnia wpisu lub jego zmiany? Strona może utracić prawo do zażalenia nie wiedząc, że zostało wydane w jej sprawie orzeczenie, a to narusza prawo do sądu (art. 45 Konstytucji) i prawo do zaskarżenia orzeczenia (art. 78 Konstytucji).
- c) Dlaczego do zażalenia trzeba przedstawić dokument udowadniający tytuł prawny do strony internetowej? Nie ma takich dokumentów! Sankcją jest bezskuteczność pisma, a to narusza prawo do sądu (art. 45 Konstytucji) i prawo do zaskarżenia orzeczenia (art. 78 Konstytucji).

22. Wątpliwości związane z procesem legislacyjnym

- a) W ramach konsultacji społecznych projekt wysłano do: Izby Gospodarczej Producentów i Operatorów Urządzeń Rozrywkowych, Związku Pracodawców Prowadzących Gry Losowe i Zakłady Wzajemne, Stowarzyszenia Menedżerów Firm Działających w Zakresie Gier Losowych, Business Center Club, Krajowej Izby Gospodarczej, Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Promocji Odpowiedzialnej Gry, Stowarzyszenia Producentów i Pracowników Firm Bukmacherskich, Stowarzyszenia Forum Solidarnego Rozwoju, Polskiej Federacji Pokera Sportowego, Konfederacji Pracodawców Polskich, PKPP Lewiatan. Nie ma tu żadnego podmiotu związanego z rynkiem usług internetowych.
- b) Ocena Skutków Regulacji w żaden sposób nie odnosi się do kwestii uciążliwości obowiązków nałożonych na ISP, związanych z błyskawicznym (w terminie 6h od otrzymania informacji) blokowaniem i zdejmowaniem blokad. Uzasadnienie odnosi się do kosztów ponoszonych przez budżet, związanych z utworzeniem Rejestru oraz zatrudnieniem pracowników. Przeciwnie – przerzucenie kosztów na ISP zostało natomiast opisane jako zaleta ustawy, bo prowadzi do

oszczędności dla sądów i prokuratur rządu 2-3 mln zł (nie mamy pojęcia stąd te kwoty, na naszą znajomość realizów rynku IT są one o wiele, wiele większe).

23. Losy podobnych ustaw w innych państwach

- a) Wprowadzenie podobnej ustawy w Niemczech było poprzedzone rozmowami między ISP (łącznie objmującymi 75% rynku) a rządem. Bundestag uchwalił ją w kwietniu 2009 r., przy czym blokady miały dotyczyć wyłącznie stron oferujących dziecięcą pornografię. Ustawa była krytykowana jako niezgodna z niemiecką konstytucją. Rząd zdecydował się wycofać się z jej wprowadzania w życie już po jej uchwaleniu. Z braku innych mechanizmów konstytucyjnych, prezydent odmówił jej podpisania.
- b) Australia od kilku lat planuje wprowadzenie obowiązku filtrowania treści przez ISP, w zakresie pornografii, ale także treści rasistowskich, nawołujących do eutanazji oraz oferujących gry komputerowe „nieodpowiednie dla małoletnich”. Czarna lista prowadzona jest przez rządową agencję podobną do KRRiT. Lista jest niejawna.
- c) Projekt ustawy o filtrowaniu internetu pojawił się we Francji. W kilku państwach, np. w Norwegii, Finlandii i Belgii, sami ISP filtrują treści pornograficzne. W Finlandii jest ku temu wyraźna podstawa ustawowa. W Norwegii w 2008 r. minister sprawiedliwości wezwał ISP do blokowania z własnej inicjatywy, grożąc, że w przeciwnym razie doprowadzi do uchwalenia ustawy wprowadzającej taki obowiązek.
- d) Regulacja o blokowaniu stron obowiązuje w wielu państwach totalitarnych i autorytarnych: m.in. w Chińskiej Republice Ludowej, w Tunezji, Uzbekistanie, w Bahrajnie, Arabii Saudyjskiej, a także w Turcji.

Na sam koniec wielce nieoficjalny komentarz: inicjatywy blokowania dostępu do określonych treści w Internecie to otwarcie puszkii Pandory. Takie kroki łatwo uczynić, trudniej kontrolować co się później stanie – w czarnym scenariuszu rejestr można „uzupełniać”, może stać się wygodnym narzędziem w głoszeniu jedynie prawdziwych poglądów (proszę zauważyć np. wycofanie z projektu blokowania stron propagujących ustroje totalitarne, przy braku definicji co to oznacza - byłoby to bardzo rozciągliwe pojęcie). Obawiamy się też, że takie działania w Internecie przez dużą część społeczeństwa nie będą odbierane jako czerwone czy żółte światło - na pierwszy rzut oka wyglądają racjonalnie, kto popiera pedofilię? Gdyby władza zablokowała ulicę która prowadzi do kiosku z pornografią, wszyscy uznali by to za nadużycie – w internecie trudniej wychwycić działania, które mogą mieć dla społeczeństwa informacyjnego jeszcze groźniejsze skutki niż blokada ulicy.

Nie ulega dla nas wątpliwości, że Internet zmienił także oblicze przestępczości, uniemożliwiając de facto skuteczną egzekucję części przepisów z powodów anonimowości czy swoistej eksterytorialności. I Państwo musi jakoś reagować. Nie wiemy, czy rozwiązaniem jest de facto karanie użytkowników. Nie wiemy, czy osoby piszące ustawę mają pojęcie o kwestiach technicznych. Nie wiemy, czy nie naruszamy dóbr o wiele istotniejszych niż hazard. Nie chcielibyśmy, by z racji braku czasu czy wiedzy wprowadzono dla doraźnej potrzeby regulacje, budzące sprzeciw i obawy sporej części społeczeństwa, obawy sygnalizowane w każdym z krajów.

Jesteśmy natomiast pewni, że dyskusja nad zakresem ingerencji w Internet jest konieczna i to szybko, i to w wielu wymiarach. Z tego punktu widzenia obecna nowelizacja nie jest kluczowa – kluczowa jest potrzeba dyskusji, którą ona wywołała.

(Marcin Maruta, Roman Bieda, Bohdan Widła)