

Warszawa, dnia 2010-03-23

U W A G I

Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT] do rządowego projektu: założeń do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną

W odpowiedzi na przekazany do Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (dalej, jako PIIT lub Izba) rządowy projekt założeń do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (wersja z dnia 28 stycznia 2010 roku), PIIT przedstawia następujące komentarze, uwagi i propozycje:

Uwaga ogólna:

Uznając niewątpliwą konieczność dokonania nowelizacji ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Izba popiera zasadniczy kierunek zmian zaproponowanych w „założeniach” przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Uwagi szczegółowe:

- **Art. 2 pkt. 4 założeń:** sformułowanie, iż usługą świadczoną drogą elektroniczną jest usługą świadczoną „w szczególności za wynagrodzeniem”, nie jest zgodne z definicją z dyrektywy 98/34/WE. Dyrektywa ta za usługę społeczeństwa informacyjnego uznaje usługę „normally provided for remuneration”, czyli usługę „zazwyczaj świadczoną za wynagrodzeniem”. Sformułowanie z projektu założeń de facto nie zmienia błędnego zakresu definicji zawartego w aktualnie obowiązującej ustawie.
- PIIT w pełni popiera proponowane zasady wyłączenia odpowiedzialności twórców wyszukiwarek internetowych i twórców katalogów odesłań. Wyłączenie odpowiedzialności w związku z działaniem wyszukiwarek internetowych powinno odnosić się nie tylko do twórców wyszukiwarek, ale również do podmiotów (administratorów wyszukiwarek) świadczących usługę drogą elektroniczną, polegającą na wyszukiwaniu żądanych przez użytkownika informacji.
- **Pkt. 1.6 Założeń oraz OSR** .Postulujemy uzupełnienie o zapis dotyczący kosztów poniesionych przez przedsiębiorców, a związanych z wejściem w życie ustawy.
- **Art. 6.** zwracamy uwagę na fakt, iż przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej) nie zostały w sposób przejrzysty implementowane do polskiego porządku prawnego. Część przepisów dyrektywy została implementowana do ustawy Prawo telekomunikacyjne, część zaś przepisów – opracowywanych w oparciu o dostępny wówczas tylko projekt dyrektywy – została włączona do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Niestety, nie jest jasne kryterium, na podstawie, którego dokonano takiego podziału. W efekcie znajdują się w systemie prawa przepisy Prawa telekomunikacyjnego skierowane wyłącznie do usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną (art. 173 PT), których

obowiązki powinny być kompleksowo uregulowane w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Mając na względzie powyższe postulujemy przeniesienie uregulowań z art. 173 PT do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i rozszerzenie zakresu art. 6 tejże ustawy.

- **Art. 9.** W związku z planowaną nowelizacją należałoby naszym zdaniem ujednolicić przepisy art. 9 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną dotyczącego informacji handlowej do zakresu określonego w dyrektywie 98/34/WE. Obowiązek zamieszczania „wyraźnego opisu form działalności promocyjnej” oraz „*wszelkich informacji, które mogą mieć wpływ na określenie zakresu odpowiedzialności stron*” w każdej informacji handlowej (art. 9 ustawy) wykracza poza obowiązki nałożone przez dyrektywę w art. 6. W rozumieniu dyrektywy 98/34/WE wystarczające byłoby spełnienie następujących warunków:
 - oznaczenie ofert promocyjnych,
 - zapewnienie, iż warunki ofert promocyjnych są łatwo dostępne i przedstawiane w sposób jasny i jednoznaczny,
 - oznaczenie konkursów promocyjnych lub gier,
 - zapewnienie, iż warunki konkursów promocyjnych lub gier są łatwo dostępne i przedstawiane w sposób jasny i jednoznaczny.
- Należy podkreślić, że sformułowanie art. 6 dyrektywy umożliwia przesyłanie informacji handlowej poprzez SMS, podczas gdy wymogi polskiej ustawy wydają się dostosowane wyłącznie do informacji handlowej przesyłanej przez wiadomości e-mail (jeden SMS zawiera do 160 znaków, co uniemożliwia spełnienie rozbudowanych obowiązków informacyjnych).
- W art. 8 ust. 2 dyrektywy stwierdza się, iż „bez uszczerbku dla autonomii organizacji i stowarzyszeń zawodowych Państwa Członkowskie i Komisja zachęcają stowarzyszenia i organizacje zawodowe do opracowywania kodeksów postępowania na poziomie wspólnotowym w celu ustalenia rodzajów informacji, które udzielane są do celów informacji handlowych, zgodnie z regułami określonymi w ust. 1.”. Mając na uwadze powyższe zwracamy uwagę, iż w pkt 2.3.2 *Założeń* pisze się, iż osoby wykonujące zawody regulowane będą miały obowiązek ustanowienia standardów regulacyjnych wykonywania zawodu, jeśli ich nie posiadają. Jest to sprzeczne z cytowaną jednostką redakcyjną.
- **Art. 14.a.** W odniesieniu do projektowanego art. 14a zwracamy uwagę na konieczność wprowadzenia do ustawy definicji hiperłącza. Pojęcie to jest, bowiem określeniem technicznym, nieużywanym, na co dzień, dlatego też zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, powinno zawierać wyjaśnienie, w jakim zakresie jest używane w konkretnym akcie prawnym.
- **Art. 14. ust. 1. do 3.** W projekcie założeń pominięto również kwestię instytucji tzw. „notice and take-down”. W opinii PIIT prawidłowe uregulowanie instytucyjnie „notice and takedown” jest niezmiernie ważne z punktu widzenia pewności obrotu gospodarczego oraz realizacji przez obywateli podstawowych praw i wolności obywatelskich. W chwili obecnej przepisy art. 14 ust 1 do 3 Ustawy wykorzystywane są, jako narzędzie cenzury, a więc w sposób naruszający konstytucyjne zasady

wynikające z art. 54 Konstytucji. W ocenie PIIT uregulowanie kwestii instytucji „notice and take-down” w obecnie planowanej nowelizacji powinno być jednym z jej priorytetów.

Komentarze i propozycje:

- Kwestie związane z art. 14 usude w zakresie, w jakim dotyczy on odpowiedzialność dostawców treści w Internecie a także operatorów serwisów opartych na treściach dostarczanych przez użytkowników (tzw. user generated content) były szeroko omawiane na spotkaniach konsultacyjnych w MSWiA i wydaje się, że osiągnięcie consensusu w tej sprawie jest niezmiernie bliskie. Gwoli przypomnienia należy wskazać, iż podczas spotkań konsultacyjnych komitetu ds. „notice and takedown” ustalono, iż następujące kwestie wymagają zmian lub wprowadzenia do przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną:
 1. Potrzeba zdefiniowania pojęcia „wiarygodnej wiadomości”, w szczególności poprzez określenie minimalnych wymogów formalnych, jakie „wiarygodna wiadomość” powinna spełniać oraz sposobu postępowania na wypadek stwierdzenia uchybień – w chwili obecnej to na dostawcy usługi (*host provider*) ciąży obowiązek rozstrzygnięcia, czy otrzymana wiadomość ma charakter wiarygodny, ewentualny błąd w osądzie obciąża dostawcę usługi.
 2. Określenie trybu postępowania usługodawcy (*host provider’a*) w przypadku otrzymania wiarygodnej wiadomości.
 3. Doprecyzowanie zasad odpowiedzialności podmiotów uczestniczących w procedurze „notice and takedown”.

Zgodnie ze stanowiskami zaprezentowanymi przez przedstawicieli Izby na spotkaniach grup roboczych w MSWiA postulujemy wprowadzenie następujących zmian w zakresie opisanym w pkt ad 1 do ad 3.

Odnosnie powyższego podczas spotkań grupy roboczej zaproponowano:

Ad. 1 określenie wymogów formalnych „wiarygodnej wiadomości” w rozumieniu art. 14 ust. 1:

- została zaadresowana do osoby wskazanej przez usługodawcę dla odbioru takich wiadomości (bądź wyznaczonej jednostki organizacyjnej);
- jest oparta na wzorze zawiadomienia udostępnionym przez usługodawcę,;
- została przesłana za pomocą wskazanych przez usługodawcę ogólnie dostępnych środków komunikacji;
- została podpisana własnoręcznie lub elektronicznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji uprawnionego, którego prawa wyłączne zostały naruszone;
- identyfikuje w sposób jednoznaczny treści, które naruszają prawa wyłączne lub przedmiot działalności naruszającej prawo, która powinna zostać usunięta bądź, do której powinien zostać wyłączony dostęp oraz informacje wystarczające dla zlokalizowania treści przez usługodawcę;
- zawiera deklarację bądź oświadczenie, że zawiadamiający pozostaje w dobrej wierze, że wskazane wykorzystanie treści jest nieautoryzowane i wiadomość jest zgodna z prawdą;

Zarekomendowano także, aby stosowanie procedury miało **charakter wertykalny** a nie horyzontalny, tj. dotyczyło jedynie zawiadomień w sprawach dotyczących naruszeń praw własności intelektualnej

Ad 2 tj. określenia sposobu postępowania przez usługodawcę po otrzymaniu wiarygodnej wiadomości, o której mowa powyżej (tzw. właściwa procedura *notice and takedown* – wersja zaproponowana przez przedstawicieli Izby):

- 1) uprawniony przesyła wiadomość do usługodawcy;
- 2) usługodawca weryfikuje czy wiadomość spełnia wymogi formalne (tj. wstępnie określa czy ma walor wiarygodności);
- 3) usługodawca dokonuje zablokowania dostępu do treści / usuwa treści i przekazuje niezwłocznie wiadomość usługobiorcy;
- 4) usługobiorca w terminie 3 dni roboczych może złożyć sprzeciw wobec zawiadomienia przesyłając go usługodawcy;
- 5) usługodawca może odblokować dostęp do treści / przywrócić treści;
- 6) usługodawca przekazuje niezwłocznie sprzeciw uprawnionemu;
- 7) uprawniony zawiadamia w terminie 7 dni usługodawcę czy:
 - wszczął postępowanie przeciwko usługobiorcy
 - nie wszczął postępowania przeciwko usługobiorcy (usługodawca przywraca dostęp do treści).

Usługodawca przywraca dostęp również w przypadku braku zawiadomienia od uprawnionego (o ile dostęp nie został już wcześniej przywrócony, punkt 5).

Ad 3 tj. doprecyzowania zasad odpowiedzialności podmiotów uczestniczących w procedurze *notice and takedown*:

- 1) usługodawca nie ponosi odpowiedzialności względem usługobiorcy, jeżeli zablokował dostęp do treści po stwierdzeniu w wyniku przeprowadzenia procedury, że zawiadomienie było wiarygodne, jak również nie ponosi odpowiedzialności względem uprawnionego, jeśli nie zablokował treści w wyniku stwierdzenia (w ramach należytej staranności), że wiadomość nie była wiarygodna,
- 2) uprawniony ponosi odpowiedzialność względem usługobiorcy na zasadach ogólnych, jeżeli podał nieprawdziwe dane w wiadomości,
- 3) usługobiorca ponosi względem uprawnionego odpowiedzialność na zasadach ogólnych w przypadku stwierdzenia, że wiadomość jest wiarygodna.

Konkluzja:

Zdaniem Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, zaproponowane w nowelizowanej ustawie zmiany idą we właściwym kierunku, ich zapisy wymagają jedynie drobnych korekt i uzupełnień. Należy jednak podkreślić, iż pominięcie w nowelizacji kwestii związanych z instytucją „*notice and take down*” będzie stanowiło istotny brak nowelizacji, negatywnie wpływający na kwestie pewności obrotu prawnego w Polsce.