

JAK ZAGWARANTOWAĆ WOLNOŚĆ SŁOWA NA PORTALACH SPOŁECZNOŚCIOWYCH?

ZAŁOŻENIA PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE NIEKTÓRYCH USTAW W ZWIĄZKU Z GWARANCJAMI WYRAŻANIA POGLĄDÓW ORAZ POZYSKIWANIA I ROZPOWSZECHNIANIA INFORMACJI W SIECIACH SPOŁECZNOŚCIOWYCH

Korzystanie z portali społecznościowych jest zjawiskiem powszechnym, a liczba ich użytkowników ciągle się zwiększa. Stały się one jedną z podstawowych form komunikacji, a informacje umieszczane przez innych użytkowników stanowią źródło wiedzy na temat bieżących wydarzeń. Są one również jedną z podstawowych płaszczyzn debaty dotyczącej aktualnych zagadnień społecznych i politycznych, a wykluczenie z udziału w tym forum prowadzi do marginalizacji w ramach całego dyskursu publicznego.

REGULACJA DZIAŁANIA PORTALI SPOŁECZNOŚCIOWYCH W UNII EUROPEJSKIEJ I JEJ PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Problemy związane z ochroną praw użytkowników portali społecznościowych (konsumentów) dostrzegają w ostatnim okresie państwa członkowskie UE, podejmując prace nad aktami normatywnymi tworzącymi prawne ramy funkcjonowania tych sieci. Ustawa o poprawie egzekwowania prawa w sieciach społecznościowych obowiązuje od września 2017 r. w Niemczech¹. Warto także zwrócić uwagę, że w samych Stanach Zjednoczonych aktualnie toczy się dyskusja dotycząca objęcia mediów społecznościowych szczególnymi regulacjami prawnymi². Działania na rzecz ochrony praw użytkowników portali społecznościowych podjęła też Komisja Europejska, egzekwując dostosowanie sposobu funkcjonowania portali

¹ Ustawa z dnia 12 lipca 2017 r. o poprawie egzekwowania prawa w sieciach społecznościowych (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in Sozialen Netzwerken*, BGBl. I S. 3352, dalej jako: "ustawa o poprawie egzekwowania prawa w sieciach społecznościowych"). Już wcześniej niemieckie sądy musiały skonfrontować się z problemami dotyczącymi prawa do prywatności w sieciach społecznościowych (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Berlinie z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. akt 20 O 172/15, w którym sąd stwierdził, że po śmierci dziecka prawo dostępu do konta i wpisów na Facebooku dziedziczą jego rodzice).

² Zob. <https://www.wired.com/story/inside-facebook-mark-zuckerberg-2-years-of-hell/> (dostęp: 13.02.2018 r.).

do standardów ujętych w unijnych dyrektywach konsumenckich. Przyczyniło się to do przeprowadzonych w lutym 2018 r. zmian regulaminów części największych portali społecznościowych, które jednak sama UE określa jako fragmentaryczne i niewystarczające³. Wątpliwości Komisji Europejskiej budzą m.in. następujące praktyki operatorów sieci społecznościowych:

- stosowanie postanowień regulaminu, które uniemożliwiają użytkownikom wszczynanie postępowań w państwie miejsca zamieszkania użytkownika;
- zamieszczanie w regulaminach klauzul przewidujących jurysdykcję sądów stanu Kalifornia w USA i stosowanie prawa tego stanu jako właściwego;
- stosowanie postanowień regulaminów przewidujących zrzeczenie się przez użytkownika (konsumenta) praw związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez operatora portalu społecznościowego;
- obecność w regulaminach klauzul przewidujących zwolnienie operatora portalu społecznościowego z obowiązku identyfikacji i oznaczania informacji handlowych i treści sponsorowanych;
- stosowanie niejasnych zasad usuwania treści zamieszczanych przez użytkowników portali, w tym brak wyjaśniania podstaw, którymi kierował się operator portalu społecznościowego przy usuwaniu danej treści oraz brak drogi odwoławczej umożliwiającej odwołanie się przez konsumenta od decyzji operatora portalu społecznościowego;
- przyznanie sobie prawa do jednostronnego prowadzenia wykładni zakresu i stosowania postanowień regulaminu;
- przyznanie sobie prawa do jednostronnego zakończenia umowy (usunięcia konta użytkownika) bez podania przejrzystych i wynikających z regulaminu podstaw takiego działania.

³Komisja Europejska, *Media społecznościowe muszą w pełni dostosować się do unijnych przepisów konsumenckich*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-761_pl.htm, dostęp: 28 luty 2018 r.; *Better social media for European Consumers*, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49824, dostęp: 28 luty 2018 r. Regulaminy w różnym stopniu zmieniły Google+, Facebook i Twitter.

Spośród podnoszonych wątpliwości największe zastrzeżenia budzą wątpliwe prawnie działania operatorów portali, którzy niejednokrotnie arbitralnie usuwają treści zamieszczane przez użytkowników, naruszając nawet własne regulaminy. Kontrowersje budzą w szczególności przypadki wybiórczego kasowania profili i usuwania treści prezentujących określone stanowiska polityczne i ideowe. Wątpliwości wiążą się także z zarzutami ograniczania możliwości rozpowszechniania treści prezentujących określone stanowiska. Ważne jest zarazem, aby portale skutecznie realizowały obowiązki dotyczące eliminowania treści niezgodnych z obowiązującym prawem.

Regulacje prawne obowiązujące na obszarze RP nie uwzględniają w sposób precyzyjny dużej części spośród opisanych okoliczności. Uregulowanie tych zagadnień tylko częściowo może nastąpić na podstawie bezpośrednio stosowanych aktów prawa wtórnego instytucji Unii Europejskiej. Dlatego ważne jest, aby stworzyć krajowe ramy funkcjonowania portali społecznościowych wzmacniając ochronę konstytucyjnych praw i wolności ich użytkowników.

ZASADNOŚĆ REGULACJI SZCZEGÓLNEJ DLA PORTALI SPOŁECZNOŚCIOWYCH

Portale społecznościowe pełnią przede wszystkim trzy podstawowe funkcje, które najczęściej realizują się poprzez udostępnianie określonych treści przez użytkowników innym użytkownikom:

- komunikacyjną – umożliwia kontakt indywidualny (przesyłanie informacji prywatnych) oraz grupowy (dyskusje w ramach grup o charakterze otwartym lub zamkniętym);
- informacyjną – umożliwia uzyskiwanie i publikowanie szeroko rozumianych wiadomości (zarówno publicznych jak i prywatnych), a także ogłoszeń (w tym również o charakterze reklamowym);
- publicystyczną – umożliwia publiczne wyrażanie poglądów i komentowanie praktycznie nieograniczonego zakresu spraw przez wszystkich użytkowników.

W zakresie wiążącym się z realizacją tych funkcji portale społecznościowe na przestrzeni ostatnich kilku lat stały się jednym z podstawowych i powszechnych narzędzi realizacji praw i wolności, które zostały zagwarantowane postanowieniami

Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, dalej jako: „Konstytucja RP”). Dotyczy to w szczególności art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.

Tak postawiona teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie polskich sądów. Wskazuje się, że współcześnie „zwyczajowo akceptowanym sposobem komunikowania się członków społeczności lokalnej i przekazywania między nimi wiadomości są także media społecznościowe (np. Facebook) oraz prasa i telewizja lokalna”⁴. Sąd podkreślił, że są to „niewątpliwie kanały komunikacji skuteczniejsze niż wywieszanie ogłoszeń na urzędowych tablicach”⁵. W innym orzeczeniu zostało podniesione, iż „za opartą na faktach notoryjnych należy uznać tezę o bardzo szerokim, masowym oddziaływaniu (...) medium społecznościowego, które w ostatnich latach stało się powszechnie stosowanym na całym świecie narzędziem błyskawicznego komunikowania się między ludźmi”⁶.

Trzeba podkreślić, że największe portale społecznościowe mają na właściwych rynkach pozycję dominującą, a nawet monopolistyczną. Ma to szczególne znaczenie, gdy weźmie się pod uwagę implikacje takiego zjawiska dla społeczeństwa. W czasach, kiedy coraz więcej osób czerpie informacje głównie z mediów społecznościowych, udostępniane za ich pośrednictwem treści mają ogromny wpływ na opinię publiczną oraz na podejmowane przez ich użytkowników decyzje w sprawach, które są przedmiotem prowadzonych dyskusji.

Pierwszą próbą odpowiedzi na potrzebę podjęcia przez ustawodawcę tych zagadnień był projekt ustawy regulującej wybrane kwestie związane z funkcjonowaniem portali społecznościowych powstały w Ministerstwie Cyfryzacji w 2017 r., który opinia publiczna poznała w związku z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej skierowanymi do resortu. Po szerokiej dyskusji w mediach dotyczącej jego najważniejszych założeń Ministerstwo zrezygnowało z dalszych prac nad tą propozycją. Założenia przedstawione w niniejszym dokumencie nawiązują do niektórych przedstawionych przez Ministerstwo Cyfryzacji rozwiązań, zarazem

⁴ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 1 października 2015 r., sygn. III SA/Gd 721/15; zob. też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 16 października 2015 r., sygn. III SA/Gd 751/15, CBOSA.

⁵ Tamże.

⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. I ACa 1068/15, SIP Legalis.

zawierając próbę identyfikacji konstrukcji prawnych pozbawionych deficytów zidentyfikowanych w projekcie z 2017 r.

WPROWADZENIE DEFINICJI LEGALNEJ PORTALU SPOŁECZNOŚCIOWEGO

W związku z zakresem przedmiotowym analizowanej problematyki, właściwym aktem normatywnym do umieszczenia w nim zasadniczej części proponowanej regulacji jest ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2017 r. poz. 1219, dalej jako „ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną”).

Proponuje się wprowadzenie definicji legalnej „udostępniania portalu społecznościowego”, zgodnie z którą wskazane pojęcie należałoby rozumieć jako:

- usługę świadczoną drogą elektroniczną,
- która umożliwia udostępnianie przez usługobiorców innym korzystającym z niej usługobiorcom różnego rodzaju treści, w szczególności: komunikatów pisemnych, zdjęć, nagrań audio oraz wideo, bez uprzedniej weryfikacji treści przez usługodawcę,
- z której korzysta ponad dwa miliony użytkowników na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Treść ustawy powinna wyraźnie rozstrzygać, że „udostępnianie portalu społecznościowego” stanowi usługę świadczoną drogą elektroniczną, w związku z czym należy stosować do niej przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Wydaje się to konieczne ze względu na wątpliwości dotyczące wykładni pojęcia „usługa” w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Zasadne jest również wzięcie pod uwagę liczby użytkowników. W odróżnieniu od różnego rodzaju zamkniętych lub otwartych forów internetowych czy platform wymiany informacji, portale społecznościowe są dostępne dla ogółu, z czym związany jest znacznie szerszy zasięg pojawiającego się tam komunikatu. Tego rodzaju ograniczenia nie zawierał wspomniany projekt powstały w 2017 r., co prowadziło do podniesienia zarzutu, że w praktyce ustawa adresowana do największych podmiotów stosowana będzie do małych forów internetowych. Trzeba podkreślić, że analogiczne odniesienie do liczby użytkowników zawiera definicja

mediów społecznościowych w niemieckiej ustawie o egzekwowaniu prawa w sieciach społecznościowych, która obejmuje podmioty mające przynajmniej dwa miliony użytkowników na terenie RFN.

ZAKAZ OGRANICZANIA DOSTĘPU DO USŁUGI

Postuluje się wprowadzenie przepisu, zgodnie z którym ograniczanie dostępu do usługi elektronicznej „udostępniania portalu społecznościowego” przez zablokowanie lub usunięcie profilu usługobiorcy, a także ograniczenie lub uniemożliwienie udostępniania treści innym użytkownikom, byłoby co do zasady niedozwolone.

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną powinna również określać sytuacje, w których wyżej wskazana zasada ulegałaby wyłączeniu. Do takich wyjątkowych okoliczności należałoby w szczególności zaliczyć sytuacje, gdy usługobiorca, udostępniając określone treści, dopuszczałby się czynu zabronionego lub naruszał dobra osobiste innego podmiotu, a także funkcjonowanie narzędzi umożliwiających eliminację spamu oraz uzależnienie udostępniania treści reklamowych od uiszczenia opłaty. Bez wątpienia jednak katalog wyłączeń od zakazu ograniczania dostępu do usługi powinien mieć charakter katalogu zamkniętego.

Jak wcześniej wskazano, portale społecznościowe stały się narzędziem realizacji konstytucyjnych praw i wolności, w szczególności wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, omawiana wolność „chroni wszelkie zgodne z prawem formy ekspresji, które umożliwiają jednostce uzewnętrznianie i eksponowanie własnego stanowiska”⁷, co bez wątpienia odnosi się również do komunikatów publikowanych na portalach społecznościowych. Trybunał podkreśla, że stanowi ona jeden z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, będąc warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek⁸. Co więcej, art. 54 ust. 1 Konstytucji chroni również wolność pozyskiwania informacji, co obejmuje nie tylko informacje odnoszące się do faktów, ale także dotyczące cudzych poglądów⁹.

⁷ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09, OTK Seria A 2011 nr 6, poz. 51.

⁸ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, OTK Seria A 2006 nr 3, poz. 32.

⁹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2007 r., sygn. P 1/06, OTK-A 2007, Nr 2, poz. 11; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. K 13/07, OTK-A 2010, Nr 9, poz. 98.

W powyższym kontekście warto zwrócić uwagę na wątpliwości, jakie pojawiają się w związku z działaniami osób administrujących portalami społecznościowymi, które polegają na blokowaniu kont użytkowników oraz kasowaniu ich wypowiedzi.

Nie ulega wątpliwości, że sama możliwość usunięcia profilu lub treści przez administratora portalu jest niezbędnym warunkiem zgodności z prawem jego funkcjonowania. Zdarza się bowiem, że portal społecznościowy staje się narzędziem popełnienia czynu zabronionego (np. nawoływanie do zbrodni, zniesławienie jednostki lub grupy osób, oszustwo) albo innego bezprawnego zachowania (np. naruszenie dóbr osobistych jednostki, czyn nieuczciwej konkurencji).

Niestety, niektóre decyzje o blokadzie publikowanych treści lub użytkowników mają charakter rażąco nieadekwatny lub nieproporcjonalny do podawanego uzasadnienia, wzbudzając wątpliwości co do przyświecających im intencji. Zdarza się, że strony ważnych sporów społecznych i politycznych nie są traktowane w sposób bezstronny. Można się przy tym spotkać z przekonaniem, że operatorzy części portali zdają się prowadzić własną politykę, preferując publikowanie treści zgodnych z własnymi przekonaniem, ograniczając prawa osób, które inaczej postrzegają sporne zagadnienia. W tym miejscu warto zauważyć, że konstytucyjnie gwarantowana swoboda pozyskiwania informacji nie może być ograniczana jedynie do treści ocenianych jako przychylnie lub nieszkodliwe¹⁰. Co więcej, zgodnie z art. 9 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska ma obowiązek przestrzegać wiążącego ją prawa międzynarodowego, w związku z czym jej prawo powinno także korespondować z dorobkiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W jego orzecznictwie wskazuje się chociażby, że uczestnicy debaty publicznej dysponują szerokimi gwarancjami wolności ekspresji, która obejmuje m.in. wypowiedzi obraźliwe, oburzające, szokujące, wyraziste, a nawet przesadzone i mało eleganckie¹¹.

¹⁰ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, OTK Seria A 2006 nr 3, poz. 32.

¹¹ Zob. wyrok ETPC z dnia 28 września 2000 r. w sprawie *Lopes Gomes da Silva przeciwko Portugalii*, skarga nr 37698/97, § 34; wyrok ETPC z dnia 1 lipca 2007 r. w sprawie *Sanocki przeciwko Polsce*, skarga nr 28949/03, § 64; wyrok ETPC z dnia 14 października 2010 r. w sprawie *Andruszko przeciwko Rosji*, skarga nr 4260/04, § 4; wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72.

ZAKAZ STOSOWANIA PRZEZ PORTALE SPOŁECZNOŚCIOWE KRYTERIÓW UDOSTĘPNIANIA I ROZPOWSZECHNIANIA TREŚCI, KTÓRE DYSKRYMINUJĄ UŻYTKOWNIKÓW

Praktyka funkcjonowania serwisów społecznościowych pokazuje, że negatywny wpływ na faktyczną możliwość korzystania w debacie publicznej z konstytucyjnej wolności słowa ma nie tylko bezpośrednie usuwanie treści, ale też ograniczanie dostępu do nich poprzez stosowanie dyskryminacyjnych kryteriów dostępu do tych stron. Może to wynikać zarówno z uwzględniania w algorytmach rozpowszechniania treści kryteriów światopoglądu, religii, płci, rasy lub narodowości, jak i z modyfikowania standardowo funkcjonujących algorytmów wobec konkretnych profili, stron lub materiałów ze względu na którąś z wymienionych przesłanek.

Tego rodzaju działania budzą zasadnicze wątpliwości nie tylko w kontekście gwarancji wolności słowa, ale także konstytucyjnej zasady zakazu nieuzasadnionej dyskryminacji (art. 32 ust. 2). Chociaż propozycje odnoszenia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji do relacji horyzontalnych należy traktować z daleko idącą ostrożnością, trzeba podkreślić, że portale społecznościowe w zaproponowanym rozumieniu posiadają charakter podmiotów dominujących na rynku właściwym, a ich zasady działania w istotnym stopniu wpływają na zakres realizacji konstytucyjnych praw i wolności.

Dlatego proponuje się wprowadzenie przepisu ustawowego zakazującego dyskryminacji ze względu na światopogląd, religię, płęć, rasę lub narodowość w zakresie rozpowszechniania przez portale społecznościowe treści, które zostały na nich zamieszczone. W procedurze dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia zakazu dyskryminacji powinny być odpowiednio stosowane podstawowe zasady prawa antydyskryminacyjnego wyrażone w art. 14 ustawy z dnia 14 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1219), w tym obowiązek uprawdopodobnienia faktu naruszenia zasady równego traktowania oraz odwrócony ciężar dowodu.

WEWNĘTRZNA PROCEDURA ODWOŁAWCZA

Bez wątpienia ograniczenie lub wyłączenie dostępu do usługi, w przypadku spełnienia określonych przesłanek ma wpływ sferę praw i wolności obywatelskich.

Dlatego wstępnie podjęta decyzja administratora portalu nie powinna mieć charakteru arbitralnego i ostatecznego.

W związku z istniejącymi wątpliwościami proponuje się wprowadzenie obowiązku każdorazowego uzasadnienia decyzji administratora o ograniczeniu dostępu do usługi przez usługobiorcę, które powinno być doręczane mu drogą elektroniczną. Takie rozstrzygnięcie powinno zawierać przynajmniej:

- oznaczenie administratora, który wydał decyzję;
- datę wydania decyzji;
- oznaczenie usługobiorcy, którego dotyczy;
- powołanie podstawy prawnej lub kontraktowej;
- rozstrzygnięcie, w szczególności przez opis sankcji, na którą zdecydował się administrator;
- uzasadnienie faktyczne i prawne, w szczególności odnośnie do popełnionego czynu zabronionego lub naruszenia dobra osobistego innego podmiotu, a także innych sytuacji, kiedy zachowanie użytkownika stanowiłoby podstawę do ograniczenia dostępu do usługi;
- pouczenie w zakresie odwołania.

Proponuje się, by w ciągu 7 dni od otrzymania uzasadnienia usługobiorca miał prawo do wniesienia odwołania o charakterze wewnętrznym do operatora portalu, który po zapoznaniu się z przedstawioną argumentacją mógłby uchylić, zmienić lub utrzymać decyzję.

Jak rekomenduje Komisja Europejska, operator portalu społecznościowego powinien zostać zobowiązany do rozpatrzenia odwołania w ściśle określonym terminie, który może zostać ustalony np. na 7 dni. Decyzja zapadła w wyniku wewnętrznej procedury odwoławczej również powinna zawierać uzasadnienie, w którym prócz wskazanych wcześniej elementów, operator powinien ustosunkować się do argumentacji przedstawionej przez usługobiorcę.

SĄDOWA PROCEDURA ODWOŁAWCZA

Biorąc pod uwagę, że omawiane zagadnienia odnoszą się do ograniczenia praw i wolności obywatelskich, oprócz wprowadzenia wewnętrznej procedury odwoławczej, konieczne jest zagwarantowanie usługobiorcy dostępu do sądu.

W ciągu 7 dni od otrzymania ostatecznej decyzji administratora wraz z uzasadnieniem stanowiącej końcowy efekt wewnętrznej procedury odwoławczej, która w jakikolwiek sposób ograniczałaby dostęp do usługi, usługobiorca powinien mieć prawo zwrócenia się z odwołaniem do sądu. W razie niedostarczenia decyzji wraz z uzasadnieniem, należałoby przyjąć, że usługobiorcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania:

- w terminie 7 dni od dnia upływu terminu na rozpatrzenie odwołania w wewnętrznym trybie odwoławczym;
- w terminie 7 dni od dnia, w którym miało miejsce zablokowanie profilu, ograniczenie lub uniemożliwienie możliwości udostępnienia określonego rodzaju treści.

Kontroli sądu podlegać będzie kwestia spełnienia przesłanek ustawowych uzasadniających ograniczenie dostępu do usługi oraz proporcjonalność zastosowanego ograniczenia. Sąd będzie mógł uchylić lub utrzymać w mocy decyzję operatora portalu.

Właściwym trybem postępowania powinien być tryb nieprocesowy. Sąd rozstrzygałby przez wydanie postanowienia, od którego przysługiwałaby apelacja.

ZASADA JURYSDYKCJI KRAJOWEJ

Proponuje się wprowadzenie ustawowych gwarancji zasady stosowania prawa polskiego oraz jurysdykcji sądów krajowych. Powinna ona dotyczyć szczególnych regulacji odnoszących się do usługi „udostępniania portalu społecznościowego”, w sytuacji gdy:

- usługa jest dostępna na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- lub usługobiorca korzysta z usługi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

- lub usługa jest kierowana do usługobiorców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności gdy dostępne jest korzystanie z niej w języku polskim lub jest reklamowana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zasadność wprowadzenia takiego rozwiązania wynika z faktu, że praktycznie wszyscy usługodawcy świadczący usługi elektroniczne „udostępniania portalu społecznościowego” mają siedziby poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. W tym kontekście warto wskazać na potrzebę wprowadzenia wyjątku od generalnej zasady przewidzianej w art. 3a ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną: „Świadczenie usług drogą elektroniczną podlega prawu państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, na którego terytorium usługodawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę”.

W przypadku braku zaproponowanego tu rozwiązania, wcześniej postulowane regulacje stałyby się martwymi literami prawa, a stawiane przez projektodawców cele nie zostałyby osiągnięte.

Należy zauważyć, że proponowany przepis nie stanowi istotnej nowości dla polskiego systemu prawnego. Po pierwsze, podobną regulację zawiera już art. 3a¹ ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Po drugie, w odniesieniu do konsumentów (a co do zasady taką rolę przyjmuje osoba zawierająca umowę z dostawcą portali społecznościowych) warto pamiętać o regulacji z art. 385¹ pkt 23 k.p.c., zgodnie z którą do katalogu niedozwolonych postanowień umownych należy zaliczyć wyłączające jurysdykcję sądów polskich lub poddające sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego albo innego organu, a także narzucające rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy. **Jednakże z uwagi na ewentualne wątpliwości interpretacyjne i szczególny charakter omawianej materii, wydaje się, że wprowadzenie *lex specialis* w omawianym zakresie jest pożądane.**

Na marginesie warto zauważyć, że poza indywidualno-konkretnymi naruszeniami konstytucyjnie gwarantowanej wolności słowa administratorzy serwisów społecznościowych stosują algorytmy, za pośrednictwem których pewne rodzaje treści są premiowane i dostrzegane przez większą liczbę uczestników, a inne dyskryminowane, przez co ich zasięg jest w nietransparentny sposób ograniczany.

Wprowadzenie zasady jurysdykcji krajowej umożliwi Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wykonującemu zadania z zakresu ochrony konsumentów, skuteczną kontrolę takich praktyk stosowanych przez serwisy społecznościowe. Organ uzyska możliwość kontroli tego, czy działania poszczególnych podmiotów nie stanowią praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów bądź w inny sposób nie naruszają polskiego prawa. Da to również możliwość wprowadzenia w przyszłości innych instrumentów prawnych, takich jak poddanie działań serwisów społecznościowych nie tylko kontroli *ex post*, ale również *ex ante*.

SANKCJA ZA BRAK STOSOWANIA SIĘ DO PRZEPISÓW LUB ORZECZEŃ SĄDU

Proponuje się również wprowadzenie przepisu, zgodnie z którym możliwe będzie nałożenie administracyjnej kary pieniężnej w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym, w ramach działalności na terenie Rzeczypospolitej. Stosowanie sankcji w przypadku uporczywego naruszania praw konsumentów przez portale społecznościowe rekomenduje komisarz europejska ds. sprawiedliwości, spraw konsumenckich i równości płci¹².

Kara może być nakładana w sytuacji:

- uporczywego niestosowania się do przepisów prawa polskiego odnoszących się do usługi „udostępniania portali społecznościowych”;
- lub uporczywego niestosowania się do orzeczeń sądów zapadłych w sprawach toczących się w ramach wcześniej opisanej sądowej procedury odwoławczej (w sprawach dotyczących ograniczenia dostępu do omawianego rodzaju usługi).

Organem uprawnionym do nałożenia kary będzie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Kara byłaby nakładana w drodze decyzji administracyjnej, od której przysługiwałoby odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wymaga podkreślenia, że proponowany rodzaj kary, jak również jej wymiar, nie są obce prawu polskiemu. Podobne rozwiązania zostały zawarte chociażby w ustawie

¹² Por. m.in. Komisja Europejska, *Media społecznościowe muszą w pełni dostosować się do unijnych przepisów konsumenckich*.

z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1907 ze zm.). Stosowne regulacje dotyczące nakładania kar pieniężnych przez organy regulacyjne, a także hybrydowego trybu weryfikacji takich decyzji funkcjonują również w innych ustawach „sektorowych” np. ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 ze zm.). Przedstawione rozwiązanie jest zatem spójne z dotychczas występującymi w polskim systemie prawnym instrumentami.

Trzeba też podkreślić, że samo wprowadzenie zasady stosowania prawa polskiego oraz jurysdykcji polskich sądów nie będzie wystarczające. Jako nierozsądne należałoby ocenić założenie, że zagraniczne podmioty gospodarcze, będące w rzeczywistości właścicielami większości portali społecznościowych, dobrowolnie zastosują się do stosunkowo restrykcyjnych, a przede wszystkim ograniczających swobodę ich działania, przepisów prawa polskiego.

Omówiona wyżej regulacja o charakterze gwarancyjnym powinna zostać uzupełniona o przepisy wprowadzające postulowaną tu sankcję za niestosowanie przepisów prawa polskiego i nierespektowanie orzecznictwa polskich sądów w omawianym zakresie.

VACATIO LEGIS

Wydaje się, że w związku z zakresem podmiotowym projektowanych modyfikacji, przewidzieć dłuższy od podstawowego okres *vacatio legis*, wynoszący przynajmniej miesiąc od publikacji ustawy.