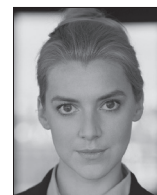


Cyfrowe samostanowienie w kontekście algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym - cz. II



Karolina Alama-Maruta*

Celem tej części artykułu¹ jest zweryfikowanie, czy nowe unijne projekty legislacyjne dotyczące platform internetowych rzeczywiście spełniają obietnice składane przez organy UE oraz eliminują braki zdiagnozowane w regulacjach zawartych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych² w zakresie algorytmicznego przetwarzania danych przez platformy korzystające z algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym (oraz szerzej - algorytmicznych systemów rekomendacji jako takich). Głównym celem poniższej analizy jest zbadanie, czy na podstawie nowych regulacji użytkownikom platform zagwarantowane zostaną skuteczne instrumenty ochrony prawnej oraz wystarczające wsparcie w kontekście zarządzania doświadczeniem konsumpcji informacji w sieci, tym samym zwiększając zakres ich prawa do cyfrowego samostanowienia (CS).

Nowy horyzont regulacyjny. Algorytmiczne systemy rekomendacji po raz pierwszy pod lupą legislatora

Wprowadzeniu nowych ram regulacyjnych przyświecała intencja wzmocnienia i harmonizacji obowiązków dostawców usług cyfrowych, w tym w szczególności platform internetowych, a także ustanowienie na poziomie unijnym organów nadzoru, co zostało zakomunikowane przez Komisję Europejską (KE) w dokumencie pt. „Shaping Europe’s Digital Future”³. Konsekwentnie, w grudniu 2020 r., KE zaproponowała pakiet regulacji nazywany Pakietem dotyczącym Usług Cyfrowych, w którego skład wchodzi projekt AUC⁴ zmieniający dyrektywę 2000/31/EC⁵ oraz projekt ARC⁶ (ang. *Digital Services Act Package*).

W uzasadnieniu projektu AUC KE przyznała, że wpływ usług cyfrowych na obserwowane globalnie przemiany społeczne i ekonomiczne jest znaczący, przynosząc obok efektów pozytywnych także istotny wzrost ryzyk, które powinny zostać pilnie zaadresowane za pomocą odpowiednich regulacji prawnych⁷. Celem Pakietu dotyczącego Usług Cyfrowych jest zaproponowa-

nie zbalansowanych rozwiązań równoważących różnorodne cele i ambicje. Z jednej strony, mają one zapewnić optymalne warunki świadczenia i dalszego rozwoju usług cyfrowych na europejskim rynku, a z drugiej, obiecują priorytetyzację praw podstawowych i bezpieczeństwa obywateli UE poprzez wprowadzenie nowych obowiązków i uprawnień w celu umożliwienia efektywnego nadzoru dostawców tych usług.

Inicjatywa spotkała się z ogromnym zainteresowaniem i reakcją szerokiego grona podmiotów, w tym np. Europejskiego Inspektora Ochrony Danych⁸, organizacji pozarządowych⁹ oraz jednostek akademickich¹⁰. Poza podzielanym entuzjazmem dotyczącym oficjalnego uznania uzasadnionego publicznego interesu w zaktualizowaniu obowiązujących przepisów oraz pogłębieniu regulacji związanych ze świadczeniem usług cyfrowych, w szczególności dotyczących obowiązków platform cyfrowych oraz zauważeniu społecznych wyzwań, takich jak centralizacja i platformizacja sfery cyfrowej, powszechność stosowania szkodliwych modeli biznesowych opierających się na śledzeniu i eksploatacji użytkowników, przy jednoczesnym szerzeniu dezinformacji i manipulacji, podmioty te podjęły aktywne działania w celu

* Autorka jest prawniczką w kancelarii Maruta Wachta sp. k., członkinią The Chartered Institute of Arbitrators w Londynie, doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz absolwentką Queen Mary University of London; ORCID: 0000-0001-9612-6107.

¹ Część I została opublikowana w PNT Nr 1/2022, s. 10 i n.

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.4.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. L Nr 119 z 4.5.2016 r., s. 1 ze zm.; dalej jako: RODO.

³ Komisja Europejska, Final Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions. Shaping Europe’s digital future, COM(2020) 67, 2020, s. 12, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0067&from=EN>.

⁴ Projekt wniosku z 15.12.2020 r. dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniającego dyrektywę 2000/31/WE (COM)2020, 825 final; dalej jako: projekt AUC (ang. *Digital Services Act*), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=pl>.

⁵ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz.Urz. L Nr 178 z 17.7.2000 r., s. 1. W zakresie krytycznej analizy dyrektywy o handlu elektronicznym w kontekście systemów rekomendacyjnych zob. np. J. Cobbe, J. Singh, Regulating Recommending: Motivations, Considerations, and Principles, „European Journal of Law and Technology” Nr 10(3)/2019, s. 28-32.

⁶ Projekt wniosku z 15.12.2020 r. dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowanych i uczciwych rynków cyfrowych (akt o rynkach cyfrowych), (COM)2020, 842 final; dalej jako: projekt ARC (ang. *Digital Markets Act*), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=pl>.

⁷ Zob. projekt AUC, s. 1-3. Zob. także Parlament Europejski, European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on the Digital Services Act: Improving the functioning of the Single Market (2020/2018(INL)), 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0272_EN.pdf.

⁸ Zob. Europejski Inspektor Ochrony Danych, Opinion 1/2021 on the European Commission’s proposal for a Digital Services Act, 2021, https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf.

⁹ Zob. np. Access Now, Access Now’s submission to the Consultations on the European Strategy for Data, 2020, <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/06/Data-Strategy-Consultation-Access-Now-May-2020-Written-Comments.pdf>.

¹⁰ Zob. np. <http://dsa-observatory.eu>.

dostarczenia KE opinii i zaleceń dotyczących pożądaných poprawek do zaproponowanej treści aktu prawnego, których wybrane aspekty zostaną omówione w kolejnych częściach artykułu¹¹.

Algorytmiczne systemy rekomendacji w świetle DSA – ocena i zalecenia

Poniżej prezentuję wybrane krytyczne komentarze do projektu AUC w zakresie algorytmicznych systemów rekomendacji treści. Analiza ta została przeprowadzona w kontekście głównych założeń CS, którymi są zrozumiałość obejmująca adekwatną przejrzystość i wyjaśnialność, oraz dostępność opcji umożliwiająca dokonanie świadomego, autentycznego wyboru korespondującego z posiadanymi informacjami.

Jako że kluczowe regulacje znajdujące zastosowanie do algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym znajdują się w projekcie AUC, skupię się głównie na tym dokumencie, w tym w szczególności na definicji pojęcia „system rekomendacji” [art. 2(o) projektu AUC] oraz nowych obowiązkach nałożonych na platformy cyfrowe korzystające z takich systemów (art. 29 oraz motyw 62 projektu AUC). Do projektu ARC odwołam się natomiast wyłącznie w kwestiach związanych z interoperacyjnością zawartych w art. 6(1) projektu ARC.

Uwagi ogólne

1. Nieprecyzyjna definicja pojęcia „system rekomendacji”

Jako że pojęcie „systemu rekomendacji” pojawia się w legislacji po raz pierwszy, warto przywołać tutaj pełną treść jego definicji zawartej w art. 2(o) projektu AUC, zgodnie z którą oznacza on „w pełni lub częściowo zautomatyzowany system wykorzystywany przez platformę internetową w celu sugerowania odbiorcom usługi w jej interfejsie internetowym konkretnych informacji, w tym na skutek wyszukiwania wykonanego przez odbiorcę lub w inny sposób determinującego względną kolejność lub ekspozycję pokazywanych informacji”.

Dodatkowo, motyw 62 projektu AUC dostarcza bardziej kompleksowego opisu kwestii związanych z algorytmicznymi systemami rekomendacji, wzbogacając definicję o kontekst społeczny oraz dodając otwarty katalog aktywności kwalifikujących się jako rekomendacja treści [„(...) Odbyna się to na przykład poprzez algorytmiczne sugerowanie, plasowanie i szeregowanie informacji, wyróżnianie za pomocą tekstu lub innych przedstawień graficznych lub w inny sposób selekcjonowanie informacji przekazywanych przez odbiorców. Takie systemy rekomendacji mogą mieć znaczący wpływ na zdolność odbiorców do pozyskiwania informacji w internecie i interakcji z nimi. Odgrywają one również

ważną rolę w akcentowaniu pewnych wiadomości, wirusowym rozpowszechnianiu informacji i stymulowaniu zachowań w internecie”]. Wydaje się, że w interesie użytkowników, ale także w celu zachowania precyzji i spójności aktu prawnego, część z tych informacji powinna zostać włączona do treści definicji¹², w tym w szczególności lista przykładowych czynności mogących być uznane za efekt działania systemu rekomendacji, które wykraczają poza „sugerowanie” wymienione w definicji jako jedyne¹³.

2. Nieuzasadnione ograniczenie zastosowania nowych przepisów

Artykuł 2(h) projektu AUC definiuje platformę internetową jako „dostawcę usługi hostingu, który na żądanie odbiorcy usługi przechowuje i rozpowszechnia publicznie informacje, chyba że takie działanie jest nieznaczną i wyłącznie poboczną funkcją innej usługi, i ze względów obiektywnych i technicznych nie można go wykorzystać bez takiej innej usługi, a włączenie takiej funkcji w taką inną usługę nie jest sposobem na obejście stosowania niniejszego rozporządzenia”¹⁴.

Pomimo że powyższa definicja wydaje się być wystarczająco szeroka i uniwersalna, aby objąć odpowiedni zakres podmiotów korzystających z algorytmów rekomendacji, legislatorzy zdecydowali się ograniczyć zakres zastosowania art. 29 oraz motywu 62 projektu AUC jedynie do bardzo dużych platform internetowych zdefiniowanych w art. 25 projektu AUC jako platformy świadczące „usługi na rzecz średniej liczby aktywnych odbiorców usługi w Unii miesięcznie wynoszącej co najmniej 45 mln osób”.

W mojej opinii podstawowe obowiązki dotyczące zrozumiałości (czyli zapewnienie adekwatnej przejrzystości oraz wyjaśnialności, które zostały szerzej opisane w kolejnych częściach) powinny znaleźć zastosowanie w stosunku do wszystkich platform internetowych korzystających z algorytmicznych systemów rekomendacji, np. algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym, niezależnie od rozmiaru platformy wyznaczonego przez liczbę aktywnych użytkowników korzystających z niej w ciągu miesiąca, jako że elementarny zakres ochrony przed nadużyciami w zakresie praw podstawowych mających miejsce np. w związku z wykorzystywaniem algorytmów powinien być zapewniony wszystkim użytkownikom niezależnie od okoliczności.

Z uwagi na fundamentalne różnice w modelach i zakresie działań oraz odpowiadających im poziomów ryzyka generowanego przez dostawców usług internetowych, niezaprzeczalnie istnieje potrzeba dywersyfikacji zakresu obowiązków oraz konieczność wprowadzenia dodatkowych wymagań w stosunku do bardzo dużych platform internetowych, które byłyby proporcjonalne do siły ich oddziaływania na użytkowników oraz specyficznych możliwości technicznych, którymi takie

¹¹ Należy tu zaznaczyć, że w chwili zakończenia pracy nad niniejszą publikacją został ukończony proces negocjacji treści projektu AUC w ramach procedury tzw. trilogu i zgodnie z oświadczeniami podmiotów w niego zaangażowanych została uzgodniona treść aktu prawnego. Dla dopełnienia procedury legislacyjnej AUC musi w ostatnim kroku zostać formalnie przyjęty przez PE oraz Radę. Rozporządzenie prawdopodobnie zacznie obowiązywać w pierwszym kwartale 2024 r., jednak reguły dotyczące największych platform wejdą w życie wcześniej, tj. na początku 2023 r. Jako że finalna treść regulacji nie została dotąd opublikowana, analiza przedstawiona w tekście opiera się na dostępnym projekcie AUC, wraz z uwzględnieniem upublicznionych informacji na temat wyników głosowania w PE.

¹² Doświadczenia zdobyte podczas wdrażania RODO pokazują, że pomimo uznania, iż treść motywów stanowi integralną część aktu prawnego i powinna być traktowana równorzędnie z przepisami zawartymi w części głównej, ujmowanie treści istotnych dla danej kwestii jedynie w motywach i pominięcie ich w części głównej aktu prawnego może doprowadzić do dyskusji i wątpliwości na temat zakresu danej regulacji. Warto mieć zatem na uwadze ryzyko wykorzystania ewentualnych niejasności na swoją korzyść przez podmioty objęte tą regulacją.

¹³ Europejski Inspektor Ochrony Danych, Opinion 1/2021..., op. cit., § 71.

¹⁴ Szerzej w zakresie krytyki tej definicji zob. Committee on the Internal Market and Consumer Protection, The DSA and DMA – a forward-looking and consumer-centered perspective, 2021, s. 7-8, <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/the-dsa-and-dma-a-forward-looking-and-co/product-details/20210416WKS03461>.

podmioty dysponują. Takie dodatkowe obowiązki skierowane do bardzo dużych platform powinny obejmować zapewnienie adekwatnych, wartościowych dla użytkowników opcji modyfikowania ustawień systemów rekomendacji¹⁵, przeprowadzanie kompleksowej oceny ryzyka oraz audytów (obecnie opisanych odpowiednio w art. 26 i 28 projektu AUC), ale także dodatkowo obowiązywać takie platformy do spełnienia wymagań niezaproponowanych w projekcie AUC, takich jak zachowanie minimalnego standardu interoperacyjności (więcej na ten temat poniżej), czy też dostosowanie swoich działań do zwiększonego zakresu odpowiedzialności i rozliczalności.

Zrozumiałość

Dostarczenie użytkownikowi ogólnych informacji dotyczących systemu algorytmicznego nie jest wystarczające w kontekście spełnienia wymagań w zakresie przejrzystości rozumianej jako jeden z warunków CS. **Zapewniona przejrzystość**, musi być adekwatna do potrzeb, czyli informacje dostarczane w ramach spełnienia tego obowiązku powinny być wystarczające do wyjaśnienia określonych procesów oraz zbudowania ich rozumienia, które bezpośrednio przełoży się na konkretne, świadome działania podejmowane przez użytkowników jako manifestacja ich sprawczości w przestrzeni cyfrowej. W zakresie algorytmicznych systemów rekomendacji, przejrzystość dostosowana do potrzeb przeciętnego użytkownika powinna obejmować zarówno określone standardy w zakresie dostępu do odpowiedniego do tego celu zakresu informacji, a także wystarczający wgląd w logikę działania zastosowanych w konkretnym przypadku algorytmów.

Zdaniem badaczy, kluczowy jest sposób zaprezentowania informacji dotyczących parametrów oraz opcji oferowanych użytkownikowi w kontekście wpływu na sposób funkcjonowania usług cyfrowych¹⁶. Po pierwsze, zamieszczenie tych informacji w dokumencie opisującym ogólne warunki świadczenia usługi (ang. *terms and conditions*) w praktyce z dużym prawdopodobieństwem przełoży się na kontynuowanie dotychczasowych problemów związanych z wdrożeniem efektywnych regulacji w zakresie ochrony prywatności i danych osobowych. Ma to miejsce z uwagi na fakt powszechnego braku zainteresowania czytaniem obszernej dokumentacji przez użytkowników, co czyni takowe postanowienia bezużytecznymi. Po drugie, warto zauważyć, że samo zaprezentowanie informacji dotyczących systemu rekomendacji oraz możliwości modyfikacji ustawień nie zapewnia ich zrozumienia, które jest niezbędnym komponentem świadomego działania.

Odwołując się bezpośrednio do treści projektu AUC, w art. 29 ust. 1 wskazane są konkretne wymagania w stosunku

do bardzo dużych platform internetowych korzystających z systemów rekomendacji, które „w sposób jasny, dostępny i łatwy zrozumiały określają w swoich warunkach korzystania z usług **główne parametry** stosowane w ich systemach rekomendacji, a także wszelkie ewentualne dostępne opcje modyfikacji tych parametrów przez odbiorców usługi lub wpływu na nie, w tym co najmniej jedną opcję, która nie jest oparta na profilowaniu w rozumieniu art. 4 ust. 4 rozporządzenia (UE) 2016/679” (podkr. K. A-M.). Dodatkowo, w przypadku udostępnienia opcji, platformy te mają obowiązek zapewnić w swoim interfejsie „łatwo dostępną funkcjonalność umożliwiającą odbiorcom usługi wybór i modyfikację w dowolnym momencie w odniesieniu do każdego systemu rekomendacji ich preferowanej opcji określającej kolejność przedstawianych im informacji” (art. 29 ust. 2 projektu AUC). W ramach uzupełnienia, motyw 62 projektu AUC podkreśla obowiązek dostarczenia użytkownikom przejrzystych i zrozumiałych informacji dotyczących sposobu „szeregowania informacji”.

Podsumowując, **projekt AUC w obecnie dostępnej wersji nie nakłada na bardzo duże platformy obowiązku podawania użytkownikom informacji dotyczących konkretnych parametrów usług, pozostawiając wybór opisywanych parametrów w gestii samego dostawcy usługi**. Podobna sytuacja ma miejsce w zakresie oferowania alternatyw dla używanego systemu rekomendacji, gdzie również pozostawiono platformom szeroki zakres dowolności (więcej na ten temat w dalszej części artykułu)¹⁷.

Analiza projektu AUC uwidacznia zatem zaskakujące wady proponowanych regulacji z racji na kontynuowanie praktyki pozostawiania platformom internetowym bardzo szerokiego zakresu dowolności, stanowiąc furtkę do dalszego stosowania przez nie szkodliwych praktyk i przedłużając tym samym ich dominację nad użytkownikami, którzy nadal pozbawieni są wystarczających zabezpieczeń w kontekście przejrzystości i wyjaśnialności mechanizmów algorytmicznych wykorzystywanych do personalizacji codziennie konsumowanych treści.

Mając na uwadze wnioski z powyższej analizy, w mojej ocenie dla spełnienia wyznaczonych w uzasadnieniu projektu AUC celów **konieczne jest wprowadzenie do obecnie dostępnej treści projektu następujących poprawek** oraz dodanie regulacji w obszarach, które dotąd nie zostały wzięte pod uwagę, a obecnie obowiązujące regulacje unijne nie są wystarczająco skuteczne w ochronie praw użytkowników w omawianych obszarach:

- 1) wprowadzenie przepisów, które nakładałyby obowiązek udostępniania wszelkich danych oraz profili wykorzystywanych w procesach algorytmicznej rekomendacji treści, z wyrażonymi wprost wymaganiami dotyczącymi neutrudnionego

¹⁵ Por. z bardziej radykalnymi propozycjami rekomendującymi objęcie wszystkich platform obowiązkiem oferowania takich opcji, zob. np. Article 19, Digital Services Act: ARTICLE 19 proposed amendment to Article 29 Recommender systems. ARTICLE 19's concerns about Article 29, 2021, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/05/Amendment-recommender-systems.pdf>, Article 19, Regulation of recommender systems in the EU's Digital Services Act ARTICLE 19's recommendations to lawmakers, 2021, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/05/Regulation-of-recommender-systems-in-the-EU-1.pdf>.

¹⁶ Committee on the Internal Market and Consumer Protection, The DSA and DMA..., *op. cit.*, s. 10.

¹⁷ Jak wskazano powyżej, w zakresie ścieżki legislacyjnej, w chwili ukończenia pracy nad niniejszą publikacją projekt DSA z uwzględnieniem poprawek przeszedł przez etap głosowania w PE oraz etap trilogu. Jako że zaktualizowana o poprawki treść aktu prawnego nie została do tej pory opublikowana, autorka analizuje dostępną treść pierwotnego projektu z grudnia 2020 r. Niemniej, w kontekście systemów rekomendacji należy już teraz nadmienić dwie kwestie – zgodnie z dostępnymi informacjami na temat przebiegu głosowania w PE bardzo duże platformy internetowe będą zobowiązane do zaoferowania użytkownikom alternatywnej opcji rekomendacji treści, która nie będzie oparta na profilowaniu. Jest to niewątpliwie krok do przodu w zakresie poszerzenia ochrony użytkowników bardzo dużych platform. PE odrzucił jednak postulaty organizacji zajmujących się ochroną praw człowieka w sferze cyfrowej, w tym np. Fundacji Panoptykon, które od początku procesu legislacyjnego apelowały o wprowadzenie standardów w zakresie interoperacyjności oraz dopuszczenie alternatywnych dla platform podmiotów zewnętrznych, które miałyby szansę zaproponować użytkownikom alternatywne algorytmy rekomendacji treści skuteczniej chroniące ich prawa i interesy. Więcej na ten temat w części dotyczącej rekomendacji w zakresie interoperacyjności w dalszej części publikacji.