



**00909/10/PL
WP 171**

Opinia 2/2010 w sprawie internetowych reklam behawioralnych

Przyjęta w dniu 22 czerwca 2010 r.

Niniejsza Grupa Robocza została powołana na mocy artykułu 29 Dyrektywy 95/46/WE. Jest to niezależny europejski organ doradczy w sprawach ochrony danych i prywatności. Jego zadania opisane zostały w artykule 30 Dyrektywy 95/46/WE i artykule 15 Dyrektywy 2002/58/WE.

Obsługę Sekretariatu zapewnia Dyrekcja D (Prawa podstawowe i Obywatelstwo) Komisji Europejskiej, Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości, Wolności i Bezpieczeństwa, B-1049 Bruksela, Belgia, Biuro nr LX-46 01/190.

Strona internetowa: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

Spis treści

Streszczenie

1. Wstęp
- 2 Internetowe reklamy behawioralne
 - 2.1 Systemy reklam behawioralnych
 - 2.2 Technologie śledzenia
 - 2.3 Tworzenie profili, rodzaje identyfikatorów
3. Ramy prawne
 - 3.1. Wstęp
 - 3.2. Zakres zastosowania art. 5(3) i dyrektywy 95/46
 - 3.2.1. Zakres rzeczowy dyrektywy 95/46
 - 3.2.2. Zakres rzeczowy dyrektywy 95/46/WE: Przetwarzanie danych osobowych
 - 3.2.3. Związek pomiędzy powyższymi dyrektywami
 - 3.2.4. Zakres terytorialny zastosowania art. 5(3) i dyrektywy 95/46/WE
 - 3.3. Role i zadania zainteresowanych stron
4. Obowiązek pozyskania uprzedniej świadomej zgody
 - 4.1. Obowiązek uzyskania uprzedniej zgody osób, których dane dotyczą w przypadku reklam behawioralnych
 - 4.2. Mechanizmy opt in jako lepiej służące pozyskaniu świadomej zgody
 - 4.3. Świadoma zgoda w przypadku dzieci
 - 4.4. Obowiązek informacyjny w kontekście reklam behawioralnych
 - 4.5. Kto winien jest zapewnić informacje i jakie?
5. Inne zasady i obowiązki wynikające z dyrektywy 95/46/WE
 - 5.1. Obowiązki związane ze szczególnymi kategoriami danych
 - 5.2. Prawa osób, których dane dotyczą
 - 5.3. Inne obowiązki
6. Wnioski i zalecenia
 - 6.1. Prawo właściwe
 - 6.2. Określenie jurysdykcji, kwestie terytorialne – miejsce prowadzenia działalności
 - 6.3. Role i zadania
 - 6.4. Prawa i obowiązki

Streszczenie

Reklamy behawioralne związane są ze śledzeniem internautów i tworzeniem w miarę upływu czasu ich profili, wykorzystywanych później do wyświetlania reklam odpowiadających zainteresowaniom użytkowników. Grupa Robocza Art. 29 nie kwestionuje korzyści gospodarczych, jakie reklamy behawioralne przynoszą zainteresowanym stronom, jest jednak przekonana, że praktyka taka nie może być prowadzona kosztem prawa obywateli do ochrony danych i prywatności. Konieczne jest poszanowanie ram regulacyjnych UE ustanawiających określone zabezpieczenia. Aby wspierać i ułatwiać zachowanie przestrzegania przepisów, niniejsza opinia opisuje ramy prawne mające zastosowanie do podmiotów świadczących reklamy behawioralne.

W szczególności, opinia zwraca uwagę, że dostawców sieci reklamowych obowiązuje art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, zgodnie z którą umieszczanie plików cookie lub podobnych urządzeń na terminalu użytkownika lub pozyskiwanie informacji za pomocą takich urządzeń może odbywać się wyłącznie za świadomą zgodą użytkownika. Opinia podkreśla, że ustawienia dostępnych obecnie przeglądarek i mechanizmy opt-out mogą służyć do pozyskania zgody w niewielu sytuacjach. W opinii prosi dostawców sieci reklamowych o stworzenie mechanizmów opt-in wymagających określonych działań ze strony osób, których dane dotyczą, wskazujących na ich chęć otrzymywania plików cookie lub innych podobnych urządzeń oraz na monitoring ich zachowań w internecie dla celów wyświetlania dostosowanych do ich preferencji reklam. W opinii uznaje się, że pojedyncza zgoda na otrzymanie pliku cookie może oznaczać zgodę na kolejne odczytania tego pliku, a zatem na monitorowanie zachowań w internecie, a zatem dla wypełnienia wymagań zawartych w art. 5(3) nie jest konieczne żądanie zgody przed każdym odczytaniem pliku cookie. Jednak aby osoby, których dane dotyczą zdawały sobie sprawę z monitorowania, dostawcy sieci reklamowych winni: i) ograniczyć zakres zgody; ii) dać możliwość łatwego jej wycofania oraz iii) stworzyć wyraźnie widoczne narzędzia wyświetlane w przypadku prowadzenia monitoringu. Takie podejście rozwiązałoby problem obciążania użytkowników licznymi powiadomieniami, a zarazem zapewniłoby, że przesyłanie plików cookie i późniejsze monitorowanie zachowań internautów w celu wyświetlania spersonalizowanych reklam odbywałoby się wyłącznie za świadomą zgodą osób, których dane dotyczą.

Jako że reklamy behawioralne opierają się na wykorzystaniu identyfikatorów umożliwiających tworzenie bardzo szczegółowych profili użytkowników, w większości przypadków uznawanych za dane osobowe, zastosowanie ma również dyrektywa 95/46/WE. Opinia zawiera zalecenia dla dostawców sieci reklamowych, dotyczące tego w jaki sposób powinni oni wypełniać wymogi nałożone przepisami dyrektywy, w szczególności związane z prawem dostępu do danych, ich poprawiania, usuwania, zatrzymywania itp. Biorąc pod uwagę, że podmioty publikujące dane mogą być współodpowiedzialne za przetwarzanie danych związane z reklamami behawioralnymi, opinia wzywa te podmioty do dzielenia z dostawcami sieci reklamowych obowiązków związanych z zapewnianiem informacji osobom, których dane dotyczą i zachęca do wykazywania kreatywności i innowacyjności w tej dziedzinie. Biorąc pod uwagę charakter reklam behawioralnych, wymogi w zakresie przejrzystości są warunkiem koniecznym, by osoby, których dane dotyczą mogły wyrażać zgodę na zbieranie i przetwarzanie ich danych osobowych i dokonywać realnego wyboru. Opinia określa obowiązek informacyjny dostawców sieci reklamowych i publikujących reklamy względem osób, których dane dotyczą, odnosząc się w szczególności do przepisów

dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, wymagających udzielenia użytkownikom „jasnych i zrozumiałych informacji”.

Niniejsza opinia analizuje i wyjaśnia zobowiązania nałożone przez istniejące ramy prawne, nie narzuca jednak, z technologicznego punktu widzenia, sposobu wypełniania tych zobowiązań. Zachęca jednak podmioty działające w tej branży do jak najszybszego podjęcia dialogu z Grupą Roboczą Art. 29 w celu określenia środków technicznych i innych zgodnych z ramami prawnymi opisanymi w opinii. W tym celu Grupa Robocza Art. 29 zamierza skontaktować się z zainteresowanymi stronami w celu poproszenia ich o wkład w tym zakresie. Podmioty, które nie zostaną poproszone o opinię mogą przesyłać swój wkład do Sekretariatu Grupy Roboczej Art. 29.

GRUPA ROBOCZA DO SPRAW OCHRONY OSÓB W ZWIĄZKU Z PRZETWARZANIEM DANYCH OSOBOWYCH

ustanowiona na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r.,

mając na względzie art. 29 i 30 ust. 1(a) i 3 powyższej dyrektywy oraz art. 15 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 czerwca 2002 r.,

mając na względzie art. 255 traktatu o Unii Europejskiej i regulacji (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji,

mając na względzie swój regulamin

PRZYJĘŁA NINIEJSZY DOKUMENT:

1. Wstęp

Zamieszczanie reklam w sieci stanowi główne źródło dochodów wielu serwisów internetowych i istotny czynnik rozwoju gospodarki internetowej, jednak praktyka reklam behawioralnych budzi poważne obawy związane z ochroną danych i prywatności. Podstawowe technologie internetowe pozwalają dostawcom sieci reklamowych śledzić osoby, których dane dotyczą na różnych stronach i w różnym czasie i tworzyć złożone profile ich zainteresowań, wykorzystywane do dostarczania spersonalizowanych reklam.

Biorąc pod uwagę wzrost zastosowania reklam behawioralnych opartych na plikach typu tracking cookie i podobnych rozwiązaniach oraz wysoki poziom ich inwazyjności w prywatność, Grupa Robocza postanowiła skupić się w niniejszej opinii wyłącznie na tej technice, bez uszczerbku dla przyszłych opinii, które mogą analizować inne technologie reklamowe.

W niniejszej opinii Grupa Robocza Art. 29 pragnie opisać ramy prawne obowiązujące podmioty zajmujące się dostarczaniem reklam internetowych. Prosi także przedstawicieli branży o jak najszybsze proponowanie środków technicznych i innych zgodnych z opisanymi tu ramami i o podjęcie dialogu z Grupą Roboczą w sprawie takich środków. Wreszcie, Grupa Robocza Art. 29 zamierza dokonać oceny sytuacji i podjąć wszelkie kroki konieczne i odpowiednie dla zapewnienia zgodności z opisanymi tu ramami.

2 Internetowe reklamy behawioralne

Określenie „interaktywne reklamy medialne” odnosi się do szerokiego zakresu tworzenia lepiej dopasowanych reklam. Metody te można zaklasyfikować do kilku kategorii, takich jak reklamy kontekstowe, segmentowe i behawioralne.

Reklamy behawioralne oparte są na obserwacji zachowań użytkowników przez pewien okres czasu. Reklama behawioralna bada cechy zachowań użytkowników poprzez analizę ich działań (powtarzające się wizyty na stronach, słowa kluczowe, wytwarzanie treści internetowych itp.) w celu stworzenia ich profilu i dostarczenia im reklam dopasowanych do ich przewidywanych zainteresowań.

Reklamy kontekstowe i spersonalizowane można uznać za „zdjęcia” z tego, co osoby, których dane dotyczą oglądają lub robią na danej stronie lub ze znanych cech użytkowników, reklamy behawioralne mogą pozwolić reklamodawcom obejrzeć szczegółowy „film” z życia internauty, pokazujący, ile i jakie strony oglądał, przez jak długo i w jakiej kolejności.

2.1 Systemy reklam behawioralnych

Reklamy behawioralne oparte są na następujących rolach: (a) *Dostawcy sieci reklamowych* to najistotniejsi dystrybutorzy reklam behawioralnych, łączący publikujących z reklamodawcami; (b) *Reklamodawcy* pragną promować dany produkt lub usługę w określonej grupie odbiorców, natomiast (c) *Publikujący* to dostawcy treści lub usług chcący czerpać zysk ze sprzedaży przestrzeni reklamowej na swoich stronach.

Rozpowszechnianie reklam poprzez sieci reklamowe zwykle odbywa się w następujący sposób: publikujący pozostawia na swojej stronie przestrzeń, na której ma zostać umieszczona reklama i zleca dalszą część procesu jednej lub więcej sieci reklamowych. Odpowiadają one za dostarczanie reklam możliwie największej liczbie publikujących, administrują technologią wyboru grupy docelowej i powiązanymi bazami danych. Im większa sieć, tym posiada więcej zasobów pozwalających na monitorowanie użytkowników i śledzenie ich zachowań. Reklamodawca zwykle kontaktuje się z siecią i nie zawsze zna tożsamość wszystkich (lub jakichkolwiek) publikujących, którzy zamieszczają jego reklamy. Jednocześnie, publikujący może zawrzeć umowy z kilkoma różnymi sieciami reklamowymi, na przykład poprzez rezerwację miejsca na stronie dla różnych sieci.

Sieci reklamowe coraz częściej ze sobą współpracują poprzez system aukcyjny.

2.2. Technologie śledzenia

Większość technologii śledzenia i reklamy wykorzystywanych do wyświetlania reklam behawioralnych bazuje na podejściu opartym na kliencie, które wykorzystuje natomiast również informacje przekazywane przez przeglądarkę i sprzęt użytkownika. Technologia śledzenia wykorzystywana najczęściej podczas monitorowania użytkowników w internecie opiera się na plikach typu tracking cookie, pozwalających na śledzenie treści przeglądanych przez użytkownika w długim okresie czasu i teoretycznie w różnych domenach.

Zwykle odbywa się to w następujący sposób: dostawca sieci reklamowej umieszcza plik typu tracking cookie na sprzęcie użytkownika, kiedy pierwszy raz odwiedza on stronę wyświetlającą reklamę należącą do sieci. Pliki cookie to krótkie teksty alfanumeryczne umieszczane na sprzęcie osób, których dane dotyczą (a później z niego pozyskiwane) przez dostawców sieci. W kontekście reklam behawioralnych, pliki cookie umożliwiają dostawcom sieci rozpoznawanie dawnych gości, którzy powrócili na stronę lub odwiedzili inną stronę współpracującą z siecią reklamową. Powtarzające się wizyty na stronie umożliwiają dostawcom sieci stworzenie profilu gościa, wykorzystywanego do wyświetlania reklam spersonalizowanych. Ponieważ pliki typu tracking cookie zamieszczane są przez stronę trzecią, inną niż serwer wyświetlający główną zawartość strony (publikujący), często określa się je jako „pliki cookie strony trzeciej”.

Pliki cookie są powiązane z domenami – plik taki może być odczytany lub modyfikowany jedynie przez stronę internetową pochodzącą z podobnej domeny (np. plik cookie zamieszczony przez a.mysite.com może być odczytany przez b.mysite.com, ale nie przez c.another.com). Pliki cookie mają różny okres ważności, który może sięgać daleko w przyszłość, na kolejne wizyty na danej stronie (jest to arbitralna decyzja programisty). Pliki „persistent cookie” mają okres ważności ustawiony na datę w dalekiej przyszłości lub wymagają ręcznego usuwania.

Większość przeglądarek internetowych daje możliwość blokowania plików cookie pochodzących od stron trzecich, niektóre umożliwiają prowadzenie przeglądania w trybie

„prywatnym”, w którego przypadku wszystkie utworzone pliki cookie zostają automatycznie usunięte po zamknięciu okna przeglądarki.

Niektóre sieci reklamowe uzupełniają tradycyjne pliki typu tracking cookie lub zastępują nowymi, ulepszonymi technologiami śledzenia, takimi jak pliki typu „flash cookie” (lokalne obiekty współdzielone). Plików flash cookie nie da się usunąć korzystając z tradycyjnych ustawień przeglądarki w zakresie zarządzania plikami cookie. Według doniesień, w niektórych przypadkach pliki typu flash cookie stosowane były jako narzędzie do przywracania tradycyjnych plików cookie odrzuconych lub usuniętych uprzednio przez użytkownika.

Praktyka taka nazywana jest *respawningiem*. W niniejszej opinii pojęcie „cookie” odnosić się będzie (jeśli nie zostanie zaznaczone inaczej) do wszelkich technologii opartych na zasadzie przechowywania i uzyskiwania dostępu do informacji na sprzęcie użytkownika.

Jak wskazano powyżej, jedna sieć reklamowa jest zwykle w stanie monitorować jedynie część zachowań użytkownika w internecie, gdyż jej możliwości śledzenia ograniczone są przez liczbę publikujących wyświetlających reklamy lub linki do nich. Ostatnio testowane było jednak nowe podejście oparte na współpracy sieci reklamowej z dostawcami usług internetowych w celu monitorowania treści przeglądanych w internecie przez użytkownika i umieszczania plików typu tracking cookie we wszystkich niezabezpieczonych szyfrowaniem miejscach odwiedzanych przez niego w sieci. Na obecną chwilę Grupa Robocza Art. 29 nie otrzymała doniesień o zastosowaniu takiej technologii na obszarze UE, jest jednak zdania, że budzi ona wiele kontrowersji prawnych związanych nie tylko z przetwarzaniem danych, niezależnie od celu, w jakim są one wykorzystywane. Analiza takiej technologii reklamowej wykracza jednak poza zakres niniejszej opinii.

2.3. Tworzenie profili, rodzaje identyfikatorów

Istnieją dwa główne sposoby tworzenia profili użytkowników: i) **Profile predykcyjne** tworzy się na podstawie wniosków z długoterminowej obserwacji zachowań pojedynczych użytkowników i grup internautów, w szczególności z monitorowania odwiedzanych przez nich stron i reklam, które zwróciły ich uwagę. ii) **Profile formalne** tworzy się z danych osobowych, które podał w danym serwisie sam użytkownik, np. podczas rejestracji. Podejścia te można ze sobą łączyć, ponadto profile predykcyjne mogą przekształcić się w profile formalne, kiedy użytkownik tworzy login i hasło dla strony internetowej.

Sieci reklamowe tworzą profile predykcyjne poprzez połączenie technik śledzenia, technologii opartych na plikach cookie i oprogramowania do przeszukiwania wielkich ilości danych (*data mining*). Płeć i zakres wiekowy można wywnioskować ze stron, jakie osoba, której dane dotyczą odwiedza i reklam, które ją przyciągają. Profile oparte na analizie plików cookie użytkownika można wzbogacić innymi informacjami, pozyskanymi od użytkowników, którzy wykazują podobne wzorce zachowań w innych kontekstach. Internetowe systemy reklamy często klasyfikują osoby, których dane dotyczą do określonych segmentów na podstawie ich obszarów zainteresowań lub kategorii marketingowych (np. „ogrodnictwo”, „kosmetyki”, „elektronika” itp.)

Do tworzenia profili wykorzystuje się także informacje o położeniu użytkownika, które mogą być pozyskiwane np. z adresu IP sprzętu czy adres punktu dostępu WiFi.

3. Ramy prawne

3.1. Wstęp

Ochronę poufności komunikacji w związku z wykorzystaniem plików cookie i podobnych rozwiązań zapewnia przede wszystkim art. 5(3). Niniejsza opinia odnosi się do zmienionej dyrektywy 2002/58 (dalej zwanej „dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej”). Zmieniona wersja tej dyrektywy musi zostać wdrożona w prawie krajowym przez państwa członkowskie do maja 2011 roku, jednak Grupa Robocza Art. 29 odwołuje się już do niej, aby opinia zachowała ważność po wdrożeniu dyrektywy, a przede wszystkim – aby uprzedzić zainteresowane strony o konieczności wypełnienia wymogów nałożonych przez zmienioną wersję art. 5(3). Istotne w tym kontekście są także motyw 66, przyjęty podczas wprowadzania zmian w dyrektywie w roku 2009 oraz motywy 24 i 25 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

Biorąc pod uwagę istotne znaczenie art. 5(3), warto przytoczyć tu jego nową wersję z zaznaczonymi zmianami:

*Państwa członkowskie zapewnią, że ~~wykorzystywanie sieci komunikacji elektronicznej w celu~~ przechowywanie informacji lub uzyskiwanie dostępu do **już** przechowywanych w terminalu abonenta lub użytkownika informacji, jest dozwolone pod warunkiem, że abonent lub użytkownik, o którym mowa **udzielił na nie swojej zgody po tym, jak został** ~~zostanie~~ w sposób zrozumiały i wyczerpujący poinformowany, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, między innymi o celach przetwarzania ~~oraz prawie sprzeciwu wobec tego rodzaju przetwarzania przez administratora danych~~. Niniejszym nie zabrania się jakiegokolwiek technicznego przechowywania lub dostępu do danych jedynie w celu wykonania ~~lub ułatwienia~~ transmisji komunikatu przez sieć komunikacji elektronicznej, lub gdy jest to absolutnie konieczne, **aby** dostawca mógł świadczyć usługi społeczeństwa informacyjnego na wyraźne żądanie abonenta lub użytkownika.*

Poza art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, dyrektywa 95/46/WE w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych (dalej zwana „dyrektywą 95/46/WE”) odnosi się do kwestii nieobjętych przepisami dyrektywy 2002/58 we wszystkich przypadkach przetwarzania danych osobowych.

Na ramy prawne UE w zakresie ochrony danych odnoszące się do przetwarzania informacji zebranych od użytkowników internetu składają się następujące instrumenty prawne: dyrektywa 2002/58 i dyrektywa 95/46. W kolejnych podrozdziałach Grupa Robocza wyjaśnia złożone kwestie związane z jednoczesnym zastosowaniem obu tych dyrektyw, a także wynikające z nich obowiązki spoczywające na dostawcach reklam internetowych – w ten sposób Grupa Robocza chce pokazać na konkretnych przykładach, jak należy stosować ramy prawne w praktyce.

Ramy prawne UE w zakresie zastosowania plików cookie określa przede wszystkim art. 5(3) dyrektywy 2002/58, która ostatnio została zmieniona. Niniejsza opinia odnosi się do zmienionej wersji dyrektywy 2002/58 (zwanej dalej dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej), choć jej wdrożenie przewidywane jest na maj roku 2011.

Zgodnie z art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, przechowywanie informacji lub uzyskanie dostępu do przechowywanych w terminalu abonenta lub

użytkownika informacji, jest dozwolone pod warunkiem, że abonent lub użytkownik, o którym mowa zostanie w sposób zrozumiały i wyczerpujący celach przetwarzania oraz że wyrazi na nie zgodę. Jak szczegółowo opisano poniżej, istotne są w tym kontekście także motywy 66 i 25 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

Jak wyjaśniono poniżej, reklamy behawioralne często wiążą się ze zbieraniem i dalszym przetwarzaniem danych osobowych. W związku z powyższym, w większości przypadków zastosowanie będzie miała również dyrektywa 95/46.

3.2 Zakres zastosowania art. 5(3) i dyrektywy 95/46

Podmioty zajmujące się reklamą behawioralną winny wiedzieć, jakie wymogi nakładają na nie art. 5(3) dyrektywy 2002/58 i art. 4 dyrektywy 95/46. Wymaga to omówienia zakresu zastosowania obu dyrektyw. Najpierw zostanie omówiony zakres rzeczowy zastosowania obu dyrektyw (3.2.1 i 3.2.2) i związek pomiędzy nimi (3.2.3). Następnie odniesiemy się do zakresu terytorialnego zastosowania obu dyrektyw.

3.2.1. Zakres rzeczowy zastosowania art. 5(3)

Art. 5(3) wymaga uzyskania świadomej zgody w celu przechowywania lub uzyskiwania dostępu do informacji przechowywanych na terminalu abonenta lub użytkownika. Biorąc pod uwagę, że (i) pliki cookie stanowią „informacje” przechowywane na terminalu użytkownika i że (II) dostawcy sieci reklamowej mają do nich dostęp, gdy użytkownik odwiedza stronę partnerską, można jasno stwierdzić, że art. 5(3) ma zastosowanie. W związku z powyższym, wszelkiego rodzaju przechowywanie plików cookie lub podobnych rozwiązań (niezależnie od ich rodzaju) i wykorzystanie uprzednio przechowywanych plików cookie w celu uzyskania dostępu do informacji przechowywanych na terminalu użytkownika musi odbywać się zgodnie z zasadami określonymi w 5(3).

Art. 5(3) odnosi się do „informacji” (przechowywania ich lub dostępu do nich). Nie wprowadza kwalifikacji takich informacji, ani wymogu, by były one danymi osobowymi w rozumieniu dyrektywy 95/46/WE. Rozumowanie, na którym opiera się to podejście, wyjaśnia Motyw 24, stanowiący, że: *„Wyposażenie terminali użytkowników (...) oraz informacje przechowywane na tych urządzeniach stanowią część prywatnej sfery użytkowników podlegającej ochronie na mocy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”*. Zobowiązania opisane w art. 5(3) wynikają z ochrony obszaru uznawanego za prywatną sferę użytkownika, nie z faktu, że informacje są danymi osobowymi bądź nie.

Grupa Robocza wskazała już w opinii 1/2008, że art. 5(3) to przepis o charakterze ogólnym, mający zastosowanie nie tylko do usług komunikacji elektronicznej, ale także do innych usług świadczonych z wykorzystaniem wymienionych w nim technik. Ponadto art. 5(3) ma zastosowanie niezależnie od tego, czy podmiot zamieszczający plik cookie jest administratorem danych czy przetwarzającym.

3.2.2. Zakres rzeczowy zastosowania dyrektywy 95/46/WE: Przetwarzanie danych osobowych

Jeśli informacje pozyskane za pomocą umieszczania i odczytywania pliku cookie lub podobnego rozwiązania mogą zostać uznane za dane osobowe, oprócz art. 5(3) zastosowanie będzie miała również dyrektywa 95/36/WE.

Grupa Robocza Art. 29 stwierdza, że metody rozpowszechniania reklam behawioralnych opisane w niniejszej opinii często wiążą się ze zbieraniem danych osobowych w rozumieniu art. 2 dyrektywy 95/46/WE i interpretacji Grupy. Jest tak z kilku powodów: i) reklama internetowa zwykle łączy się ze zbieraniem adresów IP i przetwarzaniem niepowtarzalnych identyfikatorów (za pomocą pliku cookie). Wykorzystanie urządzeń z niepowtarzalnym identyfikatorem umożliwia śledzenie użytkowników danego komputera nawet w przypadku korzystania przez nich z dynamicznego adresu IP. Innymi słowy, takie urządzenia umożliwiają „wyszczególnienie” osób, nawet jeśli ich tożsamość nie jest znana. ii) ponadto, informacje zebrane dla celów reklamy behawioralnej dotyczą (są związane z) cech lub zachowania danej osoby i wykorzystywane do wywierania na nią wpływu. Pogląd taki dodatkowo potwierdza możliwość połączenia profili w dowolnym momencie z bezpośrednio identyfikowalnymi informacjami zapewnionymi przez osobę, której dane dotyczą, np. podczas rejestracji. Identyfikowalność może wynikać również z fuzji firm, utraty danych i rosnącej dostępności w internecie danych osobowych w połączeniu z adresami IP.

3.2.3. Związek pomiędzy powyższymi dyrektywami

Jeśli zastosowanie mają obie dyrektywy, należy ustalić, które przepisy której z nich obowiązują. W odniesieniu do tej kwestii, motyw 10 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej stanowi, że ma ona zastosowanie „do wszystkich spraw dotyczących ochrony podstawowych praw i wolności, które nie są szczegółowo objęte przepisami niniejszej dyrektywy, włączając zobowiązania nałożone na administratora oraz prawa jednostek.”

Przepis ten jest zgodny z doktryną stanowiącą, że prawo regulujące konkretną kwestię (*lex specialis*) ma pierwszeństwo przed prawem bardziej ogólnym (*lex generalis*).

W związku z powyższym, bezpośrednie zastosowanie ma art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, dotyczący świadomej zgody. Dyrektywa 95/46 będzie miała zastosowanie w całości, wyłączając kwestie uregulowane szczegółowo w dyrektywie o prywatności i łączności elektronicznej, odpowiadające głównie art. 7 dyrektywy 95/46/WE i dotyczące podstawy prawnej dla przetwarzania danych. Pozostałe przepisy dyrektywy 95/46/WE, w tym zasady określające jakość danych, prawa osób, których dane dotyczą (dostęp do danych, możliwość ich usuwania, prawo zgłaszania sprzeciwu wobec przetwarzania), poufność i bezpieczeństwo przetwarzania oraz kwestie przekazywania danych osobowych do państw trzecich będą miały zastosowanie w całej rozciągłości.

3.2.4. Zakres terytorialny zastosowania art. 5(3) i dyrektywy 95/46

Zakres terytorialny zastosowania wyżej wymienionych ram prawnych określa połączenie art. 3(1) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej oraz art. 4.1 (a) i (c) dyrektywy 95/46.

W swych wcześniejszych opiniach Grupa Robocza Art. 29 udzieliła wytycznych w zakresie pojęcia prowadzenia działalności i wykorzystania środków, wspomnianych odpowiednio w art. 4.1 (a) i (c) jako podstawy zastosowania dyrektywy 95/46/WE. Wytyczne te odnoszą się również do dostawców sieci reklamowych.

3.3. Role i zadania zainteresowanych stron

Jak opisano powyżej, w procesie reklamy behawioralnej biorą udział różne zainteresowane strony, w tym dostawcy sieci reklamowych, publikujący i reklamodawcy. Istotne jest ustalenie roli, jaką odgrywają, a co za tym idzie – ich zobowiązań wynikających z

obowiązujących przepisów w zakresie ochrony danych. W związku z powyższym, Grupa Robocza Art. 29 stwierdza, co następuje:

W odniesieniu do dostawców sieci reklamowych:

Po pierwsze, zobowiązania nałożone przez art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej odnoszą się do podmiotów, które umieszczają pliki cookie oraz pozyskują informacje z plików cookie przechowywanych na terminalu osoby, której dane dotyczą. Zgodnie z art. 5(3) nie ma znaczenia, czy podmiot umieszczający bądź odczytujący plik cookie jest administratorem czy przetwarzającym dane. W kontekście reklam behawioralnych, taka interpretacja nakłada na dostawców sieci reklamowych obowiązek uzyskania świadomej zgody.

Po drugie, jednocześnie, jeśli reklama behawioralna pociąga za sobą przetwarzanie danych, dostawcy sieci reklamowych pełnią również rolę administratorów. Jest to bardzo istotne, gdyż spoczywają na nich wówczas obowiązki wynikające z zastosowania dyrektywy 95/46/WE. Dostawcy sieci reklamowych sprawują całkowitą kontrolę nad celami i środkami przetwarzania. „Wynajmują” przestrzeń na stronach internetowych publikujących, na której umieszczają ogłoszenia, ustawiają i odczytują informacje związane z plikami cookie oraz, w większości przypadków, zbierają adresy IP i inne dane, jakie może ujawnić przeglądarka. Ponadto, dostawcy sieci reklamowych wykorzystują zebrane informacje dotyczące zachowań internautów w celu tworzenia profili oraz wyboru i dostarczania reklam, które mają być wyświetlane na podstawie tego profilu. W takim przypadku niewątpliwie są administratorami danych.

W odniesieniu do publikujących:

Publikujący między innymi wynajmują powierzchnię na swoich stronach internetowych, na której sieci reklamowe umieszczają ogłoszenia. Ustawiają także swoje strony internetowe w taki sposób, że przeglądarki gości są automatycznie przekierowywane na stronę dostawcy sieci reklamowej (który następnie przesyła plik cookie i wyświetla reklamę spersonalizowaną). Rodzi to pytanie o ich współodpowiedzialność za przetwarzanie danych.

Jak niedawno wskazała Grupa Robocza Art. 29, to, czy publikującego można uznać za współadministratora łącznie z dostawcą sieci reklamowej zależy będzie od warunków współpracy pomiędzy nimi. W związku z powyższym, Grupa Robocza Art. 29 stwierdza, że w typowej sytuacji, kiedy dostawcy sieci reklamowych wyświetlają spersonalizowane reklamy, publikujący przyczyniają się do tego poprzez ustawienie swoich stron internetowych w taki sposób, że przeglądarki gości są automatycznie przekierowywane na stronę dostawcy sieci reklamowej. W wyniku tego działania przeglądarka użytkownika przesyła jego adres IP dostawcy sieci reklamowej, który następnie przesyła plik cookie i reklamę spersonalizowaną. Należy podkreślić, że publikujący nie przekazują adresu IP gościa do dostawcy sieci reklamowej – zostaje on przekazany ze względu na fakt, że publikujący ustawia swoje strony internetowe w taki sposób, że przeglądarki gości są automatycznie przekierowywane na stronę dostawcy sieci reklamowej. Innymi słowy, publikujący *zapoczątkowuje* przekazanie adresu IP, co stanowi pierwszy krok umożliwiający późniejsze przetwarzanie prowadzone przez dostawcę sieci reklamowej w celu wyświetlenia spersonalizowanych reklam. W związku z powyższym, choć z technicznego punktu widzenia adres IP przekazuje przeglądarka osoby odwiedzającej stronę, to nie ta osoba zapoczątkowuje przekazywanie –

użytkownik zamierzał jedynie odwiedzić stronę internetową publikującego, nie planował odwiedzać strony dostawcy sieci reklamowej. Obecnie sytuacja taka jest często spotykana.

Uwzględniając ten fakt, Grupa Robocza Art. 29 uznaje, że publikujący ponoszą pewną odpowiedzialność za przetwarzanie danych, opartą na wdrażaniu dyrektywy 95/46 i innych przepisach krajowych. Odpowiedzialność nie dotyczy wszystkich operacji przetwarzania, jakie trzeba przeprowadzić w celu wyświetlenia reklam behawioralnych, np. przetwarzania prowadzonego przez dostawcę sieci reklamowej polegającego na tworzeniu profili, wykorzystywanych następnie do wyświetlania reklam spersonalizowanych. Odpowiedzialność publikującego obejmuje jednak pierwszy, początkowy etap przetwarzania danych czyli przekazanie adresu IP, które ma miejsce po wejściu gościa na jego stronę internetową. Wynika to z faktu, że publikujący ułatwiają takie przekazywanie i współdecydują o celach, dla których jest ono prowadzone, tj. o wyświetleniu gościom reklam spersonalizowanych. Podsumowując, z powyższych powodów publikujący będą częściowo odpowiedzialni za przetwarzanie jako administratorzy, odpowiedzialność taka nie może jednak pociągać za sobą wypełniania większości wymogów zawartych w dyrektywie.

W związku z powyższym, konieczna jest elastyczna interpretacja ram prawnych, polegająca na stosowaniu jedynie istotnych przepisów. Publikujący nie przechowują danych osobowych, więc rzecz jasna nie miałoby sensu stosowanie niektórych z przepisów dyrektywy, np. dotyczących prawach dostępu. Jednak, jak opisano poniżej, obowiązek informowanie użytkowników o przetwarzaniu danych odnosi się również do publikujących.

Ponadto, jak wspomniano w art. 29 wymienionej powyżej opinii, publikujących uznaje się za współadministratorów, jeśli zbierają oni dane osobowe dotyczące gości takie jak ich nazwisko, adres, wiek, położenie itp. i przekazują je dostawcy sieci reklamowej. W zakresie, w jakim publikujący działają jako administratorzy danych, spoczywają na nich obowiązki wynikające z dyrektywy 95/46/WE związane z prowadzoną przez nich częścią przetwarzania danych. W związku z tym, publikujący wspólnie z dostawcami sieci winni dbać, *„by złożoność i szczegóły techniczne systemu behawioralnego marketingu nie stały na przeszkodzie odnalezieniu odpowiednich sposobów wywiązywania się z obowiązków administratora danych i zapewnianiu praw osób, których dane dotyczą.”*

Podsumowując, publikujący winni mieć świadomość, że zawierając z dostawcami sieci reklamowych umowy, na mocy których dane ich gości są przekazywane dostawcom sieci reklamowych, podejmują do pewnego stopnia odpowiedzialność wobec tychże gości. Zakres odpowiedzialności, w tym zakres, w jakim stają się administratorami danych, należy analizować w odniesieniu do poszczególnych przypadków, w zależności od warunków współpracy z dostawcami sieci reklamowej, opisanych w umowach świadczenia usług. W związku z powyższym, umowy świadczenia usług zawierane pomiędzy publikującymi a dostawcami sieci reklamowych winny określać role i obowiązki obu stron w kontekście ich współpracy opisanej w umowie.

W odniesieniu do reklamodawców:

Kiedy osoba, której dane dotyczą klika na odnośnik reklamowy i odwiedza stronę internetową reklamodawcy, ten ostatni może sprawdzić, która kampania reklamowa zakończyła się kliknięciem. Jeśli reklamodawca uzyska informacje dotyczące grupy docelowej (dane demograficzne, np. „młoda matka” lub przynależność do grupy zainteresowań, np. „fan sportów ekstremalnych”) i połączy je z informacjami o zachowaniach internauty lub danymi

podanymi przez niego podczas rejestracji, staje się niezależnym administratorem w odniesieniu do tej części przetwarzania.

Niniejsza opinia skupia się na operacjach przetwarzania prowadzonych przez dostawców sieci reklamowych i publikujących, polegających na dostarczaniu reklam spersonalizowanych. Nie komentuje potencjalnych dodatkowych operacji przetwarzania, jakie mogą prowadzić opisani powyżej reklamodawcy.

4. Obowiązek pozyskania uprzedniej świadomej zgody

Ogólna zasada zawarta w pierwszym ustępie art. 5(3) nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia: „*że korzystanie z sieci łączności elektronicznej w celu przechowywania informacji lub uzyskania dostępu do informacji przechowanej na terminalu abonenta lub użytkownika jest dozwolone wyłącznie pod warunkiem że abonent lub użytkownik otrzyma jasną i wyczerpującą informację zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, między innymi o celach przetwarzania*”. Artykuł ten uległ niewielkim zmianom podczas poprawiania dyrektywy 2002/58 w roku 2009. Dokonane zmiany wyjaśniają i podkreślają potrzebę pozyskania uprzedniej świadomej zgody użytkowników. Grupa Robocza art. 29 uznaje analizę prawną dokonaną powyżej za właściwą i obowiązującą zarówno w przypadku obecnego brzmienia art. 5(3) jak i jego poprawionej wersji.

Poniższy rozdział analizuje różne możliwości wypełnienia wymogów art. 5(3). Po dyskusji dotyczącej zgody następują wytyczne w zakresie obowiązku informacyjnego.

4.1. Obowiązek uzyskania uprzedniej zgody osób, których dane dotyczą w przypadku reklam behawioralnych

Zgodnie z art. 5(3), dostawca lub publikujący sieci reklamowe, który chce przechowywać lub uzyskać dostęp do informacji przechowywanych na terminalu użytkownika, może to zrobić, jeśli *i)* udzielił użytkownikom jasnych, pełnych informacji zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, w tym o celach przetwarzania oraz *ii)* uzyskał zgodę użytkowników na to przechowywanie lub na dostęp do informacji przechowywanych na ich terminalach, po podaniu im informacji wspomnianych w punkcie *i)*.

Z dosłownej interpretacji art. 5(3) wynika, że *i)* zgoda musi zostać pozyskana *przed* zamieszczeniem pliku cookie lub pozyskaniem informacji przechowywanych na terminalach użytkowników – co zwykle określa się mianem uprzedniej zgody i *ii)* świadoma zgoda może zostać uzyskana jedynie *po podaniu użytkownikowi* informacji o wysyłaniu plików cookie i jego celach. W związku z powyższym należy wziąć pod uwagę fakt, że aby zgoda była ważna niezależnie od okoliczności, w jakich została udzielona, musi być dobrowolna, konkretna i stanowić świadome oświadczenie woli osoby, której dane dotyczą. Zgodę należy pozyskać przed zebraniem danych osobowych – jest to niezbędne, aby zapewnić pełne zrozumienie przez osoby, których dane dotyczą faktu, że udzielają zgody i na co się zgadzają. Ponadto musi istnieć możliwość wycofania zgody.

Kolejne podrozdziały analizują, czy zgoda oparta na ustawieniach wyszukiwarki i opcje opt-out zapewniane przez dostawców sieci reklamowych spełniają wymogi art. 5(3).

4.1.1. Zgoda oparta na ustawieniach wyszukiwarki

Publikujący i dostawcy sieci reklamowych zajmujący się reklamami behawioralnymi umieszczają pliki typu tracking cookie na terminalu użytkownika, kiedy wchodzi on na stronę należącą do sieci reklamowej – o ile przeglądarka nie jest ustawiona na odrzucanie plików

cookie. W praktyce, po umieszczeniu pliku cookie, kiedy osoba, której dane dotyczą przegląda stronę internetową, na której zostały umieszczone reklamy, może się dowiedzieć, że są instalowane pliki cookie i w jaki sposób można je kontrolować za pomocą ustawień i wyszukiwarki. Informacje takie pochodzą od publikujących i dostawców sieci reklamowych. Administratorzy tacy zwykle zamieszczają informacje na temat plików cookie stron trzecich wykorzystywanych dla celów reklamy behawioralnej w ogólnych warunkach świadczenia usług lub w polityce prywatności. Informacje mogą obejmować podstawowe zastosowania/cele takich plików i sposób zapobiegania ich instalowaniu za pomocą ustawień wyszukiwarki. Taka praktyka nie spełnia jednak wymogów art. 5(3), w szczególności w jego zmienionej wersji, jako, że kładzie on nacisk na uprzednie zapewnienie informacji i otrzymanie zgody (przed rozpoczęciem przetwarzania).

Motyw 66 zmienionej wersji dyrektywy 2002/58 wskazuje, że zgoda użytkownika może być wyrażona przez odpowiednie ustawienia przeglądarki lub innej aplikacji *„jeśli jest to możliwe z technologicznego punktu widzenia i skuteczne, zgodnie z odpowiednimi przepisami dyrektywy 95/46/WE”*. Nie stanowi to wyjątku od przepisów art. 5(3), a przypomina że w tym środowisku technologicznym zgody można udzielić na różne sposoby – jeśli jest to możliwe z technicznego punktu widzenia, skuteczne i zgodne z innymi obowiązującymi wymogami, jakie powinna spełnić ważna zgoda. W związku z powyższym, należy określić warunki, w których ustawienia wyszukiwarki będą spełniać wymogi dyrektywy 95/46/WE i jako takie stanowić ważną zgodę *„zgodnie z postanowieniami dyrektywy 95/46”*. Grupa Robocza twierdzi, że wymogi spełnione będą jedynie w bardzo nielicznych sytuacjach, ponieważ:

Po pierwsze, z definicji i wymogów w zakresie ważnej zgody określonych w art. 2 (h) dyrektywy 95/46, wynika, że co do zasady nie można domniemywać zgody użytkowników na podstawie faktu, że nabyli lub wykorzystali przeglądarkę lub inną aplikację działającą w określony sposób. Takie podejście oznacza, że zgoda zależy głównie od budowy aplikacji opracowanych przez strony trzecie, takich jak wyszukiwarki, lub od sposobu ich wprowadzenia na rynek, tj. z ustawieniami prywatności nastawionymi na akceptowanie plików cookie. Jeśli ustawienia fabryczne opierają się na akceptacji wszystkich plików cookie, nie można domniemywać zgody. Jak wskazano powyżej, co do zasady, przeciętni użytkownicy nie są świadomi zbierania danych i śledzenia ich zachowania, celów takiego śledzenia itp. Złudzeniem byłoby oczekiwanie, że brak działania użytkownika uznać można za „jasne i jednoznaczne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą na to, że wyraża przyzwolenie”. Jak wskazała Grupa Robocza Art. 29 w opinii 1/2008 *„Odpowiedzialność za przetwarzanie [plików cookie] nie może zostać sprowadzona do odpowiedzialności użytkownika za zastosowanie odpowiednich zabezpieczeń w ustawieniach przeglądarki lub za jego brak”*. Na chwilę obecną, jedynie jedna z czterech najczęściej wykorzystywanych przeglądarek blokuje pliki cookie stron trzecich od chwili swojej instalacji. Pozostałe trzy przeglądarki domyślnie dopuszczają instalację wszelkiego rodzaju plików cookie. W takim przypadku, pliki cookie są przesyłane, a informacje – zbierane przed otrzymaniem zgody, co kłóci się z wymogiem uzyskania uprzedniej zgody.

Po drugie, jeśli ustawienia przeglądarki miałyby umożliwiać wyrażenie świadomej zgody, nie powinno być możliwe „ominięcie” decyzji podjętej przez użytkownika podczas ustawiania wyszukiwarki. W praktyce jednak usunięte pliki cookie mogą zostać poddane tzw. „respawningowi” za pomocą plików typu flash cookie, co pozwala dostawcy sieci reklamowej kontynuować monitorowanie użytkownika. Dostępność i zwiększający się zakres zastosowania takich technologii stawia pod znakiem zapytania możliwość wyrażania świadomej, ważnej i skutecznej zgody za pomocą ustawień wyszukiwarki.

Wreszcie, zgoda wyrażona poprzez ustawienie wyszukiwarki na przyjmowanie wszystkich plików cookie pozwala założyć, że użytkownicy akceptują przyszłe przetwarzanie mimo, że nie mają żadnej wiedzy o jego celach i zastosowaniach plików cookie. Takie zezwolenie na wszelkiego rodzaju przyszłe przetwarzanie bez wiedzy o jego okolicznościach nie może stanowić ważnej zgody.

Aby przeglądarka lub jakakolwiek inna aplikacja pozwalała na udzielenie ważnej zgody, musi rozwiązać wymienione powyżej problemy, co w praktyce oznacza, że:

- (a) Wyszukiwarki i inne aplikacje domyślnie ustawione na odrzucanie plików cookie pochodzących od stron trzecich i wymagające podjęcia przez osobę, której dane dotyczą określonych działań w celu zaakceptowania określonego ustawienia i przekazywania informacji zawartych w plikach cookie przez określone strony internetowe mogą służyć do udzielenia ważnej i skutecznej zgody. Jeśli jednak domyślne ustawienia przeglądarki oparte są na akceptowaniu wszystkich plików cookie, zgoda taka nie spełnia wymogów art. 5(3) jako, że nie może stanowić wskazania woli osoby, której dane dotyczą. Tego rodzaju zgoda nie jest ani konkretna ani uprzednia względem przetwarzania. Choć dana osoba, której dane dotyczą może zdecydować o pozostawieniu ustawienia przyjmującego wszystkie pliki cookie od stron trzecich, dostawcy sieci reklamowych nie mogą w realistyczny sposób zakładać, że zdecydowana większość użytkowników, którzy obecnie korzystają z przeglądarek „ustawionych” na przyjmowanie plików cookie samodzielnie podjęła taką decyzję.
- (b) Przeglądarki, w połączeniu z innymi narzędziami informacyjnymi i przy założeniu współpracy dostawców sieci i publikujących, winny przekazywać jasne, pełne i wyraźnie widoczne informacje, aby zapewnić, że zgoda zostanie udzielona w sposób w pełni świadomy. Aby spełnić wymogi dyrektywy 95/46/WE przeglądarki winny przekazywać, w imieniu dostawcy sieci reklamowej, informacje o celach, w jakich są wykorzystywane pliki cookie i o ich dalszym przetwarzaniu. Ogólnikowe ostrzeżenia niezawierające wyraźnych odniesień do sieci reklamowej zamieszczającej pliki cookie nie są wystarczające;

Grupa Robocza Art. 29 stoi na stanowisku że o ile przedstawione powyżej wymogi nie zostaną spełnione, zapewnianie informacji i, do pewnego stopnia, ułatwianie użytkownikowi odrzucania plików cookie (poprzez wyjaśnienie mu, w jaki sposób to zrobić) co do zasady nie może być traktowane jako świadoma zgoda na podstawie art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej i art. 2(h) dyrektywy 95/46/WE.

Biorąc pod uwagę, jak istotną rolę odgrywają ustawienia wyszukiwarki w pozyskiwaniu zgody osób, których dane dotyczą na przechowywanie plików cookie i przetwarzanie pozyskanych z nich informacji, niezwykle istotne jest, aby domyślne ustawienia przeglądarek chroniły prywatność, innymi słowy – aby były one ustawione tak, by nie przyjmować i nie przekazywać plików cookie od stron trzecich. Aby uzupełnić to podejście i zwiększyć jego skuteczność, przeglądarki winny wymagać od użytkowników samodzielnego wyboru ustawień prywatności podczas pierwszej instalacji lub aktualizacji i pozwalać w prosty sposób dokonać wyboru podczas użytkowania. Grupa Robocza Art. 29 wzywa twórców wyszukiwarek do niezwłocznego podjęcia działań i skoordynowania ich z dostawcami sieci reklamowych.

4.1.2. Zgoda a mechanizmy opt-out

Dostawcy sieci reklamowych coraz częściej oferują mechanizmy opt-out pozwalające na rezygnację z otrzymywania reklam spersonalizowanych. Użytkownicy korzystający z takich mechanizmów muszą wejść na stronę dostawców sieci reklamowej i wskazać im, że nie chcą być śledzeni dla celów wyświetlania reklam spersonalizowanych. Mechanizmy takie mają uzupełniać i do pewnego stopnia rozwiązywać opisane powyżej problemy, związane z wyrażeniem zgody poprzez ustawienia wyszukiwarki.

Tego rodzaju mechanizmy opt-out oparte na plikach cookie są mile widziane i zachęca się do ich opracowania, gdyż pod względem technicznym ułatwiają użytkownikom rezygnację. Jednak co do zasady nie stanowią one odpowiedniego mechanizmu wystarczającego do uzyskania świadomej zgody użytkownika. O dorozumianej zgodzie można mówić jedynie w szczególnych, indywidualnych sytuacjach, na przykład w przypadku doświadczonego użytkownika, świadomego praktyki reklam behawioralnych, który wie, że może się z niej wycofać, ale świadomie decyduje się tego nie robić (w szczególności jeśli decyzję taką podejmuje przed przesłaniem jakichkolwiek plików cookie). Mechanizm ten nie jest jednak odpowiedni dla pozyskiwania świadomej zgody przeciętnych użytkowników. Przyczyny takiego stanu rzeczy są podobne, jak opisane powyżej w kontekście ustawień wyszukiwarki:

Po pierwsze, co do zasady użytkownicy nie wiedzą nic o zbieraniu danych, ich wykorzystaniu, sposobie funkcjonowania technologii oraz miejscach i sposobach wycofania się. W efekcie w praktyce jedynie nieliczni użytkownicy korzystają z takiej możliwości – nie ze względu na podjętą świadomą decyzję o zaakceptowaniu reklam behawioralnych, ale ze względu na brak świadomości, że nie korzystając z możliwości rezygnacji z nich, w istocie je akceptują.

Po drugie, zgoda oznacza aktywne działanie osób, których dane dotyczą przed zbieraniem i przetwarzaniem danych. Mechanizm opt-out często odnosi się do braku reakcji osób, których dane dotyczą po rozpoczęciu przetwarzania. Ponadto, mechanizmy opt-out nie zakładają aktywnego działania – wola osoby, której dane dotyczą jest zakładana lub dorozumiana, co nie spełnia wymogów skutecznej zgody.

W świetle powyższego, Grupa Robocza Art. 29 uznaje, że mechanizmy opt-out oparte na plikach cookie nie zapewniają przeciętnemu użytkownikowi skutecznego środka wyrażenia zgody na otrzymywanie reklam behawioralnych i jako takie nie spełniają wymogów art. 5(3).

4.1.3. Mechanizmy opt-in jako lepszy sposób uzyskiwania świadomej zgody

Grupa Robocza Art. 29 stoi na stanowisku, że mechanizmy opt-in, wymagające działania użytkownika w celu wykazania zgody przed przesłaniem mu pliku cookie, lepiej spełniają wymogi art. 5(3). W odniesieniu do zgody jako podstawy prawnej przetwarzania, Grupa Robocza niedawno potwierdziła ten pogląd: „*Rozwój technologiczny wymaga również ponownego rozważenia kwestii zgody. W praktyce, art. 7 dyrektywy 95/46/WE nie zawsze jest stosowany w sposób właściwy, szczególnie w kontekście Internetu, gdzie zgoda domniemana nie zawsze wiąże się ze zgodą jednoznaczną (wymaganą przez art. 7 (a) dyrektywy). Danie osobom, których dane dotyczą, możliwości decydowania przed rozpoczęciem przetwarzania ich danych osobowych, wymaga wyraźnej zgody (czyli zastosowania systemu opt-in) dla wszelkiego rodzaju przetwarzania opartego na zgodzie*”.

W poprzedniej opinii poruszającej tę sprawę Grupa Robocza Art. 29 zaleciła wykorzystanie określonych wiadomości: „*W przypadku zastosowania plików cookie, użytkownik winien zostać poinformowany o ich planowanym otrzymywaniu, przechowywaniu lub przesyłaniu... Wiadomość winna określać w zrozumiałym sposób jakie informacje mają być przechowywane*

w pliku cookie i w jakim celu oraz jaki jest termin ważności tego pliku”. Po otrzymaniu takich informacji użytkownik powinien mieć możliwość wskazania, czy życzy sobie stworzenia swojego profilu dla celów reklamy behawioralnej.

Grupa Robocza Art. 29 jest świadoma istniejących problemów praktycznych związanych z otrzymaniem zgody, w szczególności jeśli jest ona konieczna przy każdym odczytywaniu pliku cookie dla celów wyświetlania reklam spersonalizowanych. W celu uniknięcia tego problemu, zgodnie z motywem 25 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej („prawo do odmowy może być oferowane jednorazowo dla różnego rodzaju narzędzi instalowanych w terminalu użytkownika ... w trakcie kolejnych połączeń”) zgodę użytkowników można rozumieć jako obowiązującą nie tylko dla przesyłania plików cookie, ale także dla późniejszego pozyskiwania z nich danych. Innymi słowy, pozyskana zgoda na umieszczanie plików cookie dla celów reklam spersonalizowanych obejmuje także kolejne „odczytania” plików cookie, które mają miejsce za każdym razem, kiedy użytkownik odwiedza stronę partnerską dostawcy sieci reklamowej, który umieścił plik cookie.

Biorąc jednak pod uwagę, że i) praktyka taka wymagałaby zaakceptowania przez użytkowników monitoringu „raz i na zawsze” i ii) użytkownicy mogą zwyczajnie zapomnieć, że rok wcześniej zgodzili się na monitoring, Grupa Robocza uznaje, że konieczne jest wprowadzenie pewnych zabezpieczeń. W szczególności, Grupa Robocza Art. 29 proponuje trzy sposoby działania:

Po pierwsze, ograniczenie czasowe zakresu zgody. Zgoda na monitorowanie nie powinna być udzielana „na zawsze”, a na ograniczony czas, na przykład na jeden rok. Po upływie tego okresu dostawcy sieci reklamowych musiałyby ubiegać się o ponowną zgodę. Byłoby to możliwe, gdyby pliki cookie miały ograniczony okres ważności po umieszczeniu na terminalu użytkownika (terminu wygaśnięcia plików cookie nie można przełożyć).

Po drugie, zagrożenia opisane powyżej można złagodzić za pomocą dodatkowych praktyk informacyjnych, opisanych w rozdziale 4.2.1.

Po trzecie, dobrowolnie udzieloną zgodę zawsze można odwołać. Osobom, których dane dotyczą należy dać możliwość łatwego wycofania zgody na monitorowanie dla celów reklam behawioralnych. W związku z powyższym, bardzo istotne znaczenie ma potrzeba zapewnienia jasnych informacji o takiej możliwości i sposobach korzystania z niej (patrz poniżej w rozdziale 4.2)

Grupa Robocza Art. 29 zachęca branżę reklamową do wdrożenia środków opisanych powyżej lub innych metod opartych na działaniu użytkowników akceptujących i) przechowywanie plików cookie oraz ii) wykorzystanie takich plików do ich śledzenia na różnych stronach internetowych w celu wyświetlenia reklam spersonalizowanych. Metody takie mogą obejmować projektowanie przeglądarek i związane z nimi technologie.

4.3. Świadoma zgoda w przypadku dzieci

W opinii 2/2009 Grupa Robocza Art. 29 omówiła kwestię ochrony danych osobowych dzieci. Problemy związane z pozyskiwaniem świadomej zgody nabierają jeszcze większego znaczenia w przypadku dzieci. Poza wymogami ważności zgody opisanymi powyżej (i poniżej), w niektórych przypadkach zgody w imieniu dzieci muszą udzielić ich rodzice lub inni przedstawiciele prawni. W danym przypadku oznacza to, że dostawcy sieci reklamowych musieliby poinformować rodziców o zbieraniu i wykorzystywaniu danych dzieci i uzyskać ich

zgode przed zbieraniem i wykorzystaniem tych informacji dla celów kierowania reklam behawioralnych do dzieci.

W świetle powyższych faktów i uwzględniając bezbronność dzieci, Grupa Robocza Art. 29 wyraża pogląd, że dostawcy sieci reklamowych nie powinni proponować kategorii zainteresowań służących celom reklamy behawioralnej lub wywieraniu wpływu na dzieci..

4.2. Obowiązek informacyjny w kontekście reklam behawioralnych

Przejrzystość stanowi niezbędny warunek uzyskania zgody obywateli na zbieranie i dalsze przetwarzanie ich danych. Jak wskazano powyżej, użytkownicy mogą nie znać lub nie rozumieć technologii, na której oparte są reklamy behawioralne, a nawet w ogóle nie być świadomi, że kieruje się do nich takie reklamy. W związku z powyższym niezwykle istotne jest udzielenie odpowiednich, skutecznych informacji w sposób zrozumiały dla internautów. Tylko odpowiednio poinformowane osoby, której dane dotyczą mogą podejmować świadome decyzje.

4.3.1 Jakie informacje należy zapewnić?

Art. 5(3) stanowi, że użytkownikowi należy udzielić informacji „zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, między innymi o celach przetwarzania”. Art. 10 dyrektywy 95/46/WE dotyczy udzielania takich informacji.

W kontekście reklamy internetowej należy zapewnić użytkownikom informacje między innymi o tożsamości dostawcy sieci reklamowych oraz o celach przetwarzania. Osoby, których dane dotyczą należy wyraźnie informować, że za pomocą plików cookie będą zbierane pewne informacje, w tym o innych odwiedzanych stronach internetowych, pokazanych reklamach, kliknięciach, czasie itp.

Kwestia wykorzystania plików cookie do tworzenia profili dla celów reklam behawioralnych powinna być wyjaśniona w prosty sposób. Motyw 25 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej wymaga, by informacje były „jasne i pełne”. Zdecydowanie nie są wystarczające stwierdzenia w rodzaju „reklamodawcy i inne strony trzecie mogą również stosować własne pliki cookie lub action tag”.

Jeśli chodzi o sposób podawania informacji, motyw 25 stanowi, że informacje muszą być podawane w sposób „możliwie najbardziej przyjazny dla użytkownika”. Grupa Robocza Art. 29 stoi na stanowisku, że najskuteczniejszym sposobem spełnienia tego wymogu jest podawanie podstawowych informacji bezpośrednio na ekranie, w sposób interaktywny, wyraźnie widoczny i łatwo zrozumiały. Istotne jest, by informacje były łatwo dostępne i wyraźnie widoczne. Najistotniejsze informacje nie mogą być ukryte w ogólnych warunkach świadczenia usług czy polityce prywatności.

Grupa Robocza Art. 29 przyznaje, że z technologicznego punktu widzenia mogą istnieć różne sposoby zapewniania informacji i z zadowoleniem przyjmuje kreatywność w tej kwestii. Grupa Robocza jest świadoma faktu, że niektórzy dostawcy sieci reklamowych rozpoczęli prace nad nowymi sposobami zapewniania informacji i przyjmuje go z zadowoleniem. Przykład takiego sposobu, uznany przez Grupę Roboczą za pozytywny i konieczny, stanowią mogą ikony umieszczane wokół reklamy na stronie internetowej publikującego, z odnośnikami do dodatkowych informacji. Należy jednak podkreślić, że to jedynie początek procesu i że wiele pozostało do zrobienia. Inni dostawcy sieci reklamowych winni podążać za tym przykładem. Grupa Robocza wzywa dostawców sieci reklamowych i publikujących do

podjęcia wszelkich wysiłków w celu jak najskuteczniejszego zapewnienia informacji i zapewnienia najwyższego możliwego poziomu świadomości internautów w zakresie funkcjonowania reklam behawioralnych w różnych sytuacjach. Jest to jeden z obszarów, w których przydatne byłoby opracowanie przez stowarzyszenia zrzeszające największych przedstawicieli branży reklamowej dobrych praktyk w zakresie skutecznego zapewniania informacji użytkownikom.

Uwzględniając opisaną w rozdziale 4.1.3 możliwość wyrażenia przez użytkowników pojedynczej zgody na monitoring, obejmującej kolejne przyszłe odczytania pliku cookie, Grupa Robocza Art. 29 uważa za niezbędne opracowanie przez dostawców sieci reklamowych sposobów okresowego informowania użytkowników o prowadzonym monitoringu. W przypadku braku jasnych, prostych jednoznacznych przypomnień o prowadzonym monitoringu bardzo prawdopodobne jest, że po upływie pewnego czasu użytkownicy przestaną być świadomi faktu, że wciąż ma on miejsce i że wyrazili na niego zgodę. W związku z powyższym, Grupa Robocza Art. 29 zdecydowanie wspiera stworzenie symbolu i powiązanych z nim powiadomień, które informowałyby konsumentów o monitoringu ich zachowań w internecie prowadzonym przez dostawcę sieci reklamowej dla celów reklamy behawioralnej. Symbol taki nie tylko przypominałby użytkownikom o monitoringu, ale także pozwalałby im kontrolować, czy chcą go kontynuować, czy wycofać zgodę.

Inne istotne pytanie brzmi *kto powinien udzielać informacji* – publikujący, dostawca sieci reklamowej czy oba te podmioty? Efektem powinno być otrzymanie przez osoby, których dane dotyczą łatwo dostępnych i wyraźnie widocznych informacji. Jak stwierdzono poniżej, w tym celu niezbędna wydaje się współpraca dostawców sieci reklamowych i publikujących. Grupa Robocza Art. 29 stoi na stanowisku, że zgodnie z art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej obowiązek zapewnienia informacji i uzyskania zgody użytkowników spoczywa na podmiocie odpowiedzialnym za przesyłanie i odczytywanie pliku cookie. W większości przypadków jest to dostawca sieci reklamowej. Jeśli publikujący są współadministratorami, na przykład w przypadku, kiedy przekazują bezpośrednio identyfikowalne informacje dostawcom sieci reklamowych, również na nich spoczywa obowiązek zapewnienia osobom, których dane dotyczą informacji o przetwarzaniu.

Ponadto, jak stwierdzono w rozdziale 3.3 publikujący są, wraz z dostawcami sieci reklamowych, współodpowiedzialni za przetwarzanie danych odbywające się w kontekście reklamy behawioralnej. Ściślej rzecz ujmując, odpowiedzialność obejmuje pierwszy etap przetwarzania – przekazanie adresu IP do dostawców sieci reklamowych, które ma miejsce, kiedy użytkownicy odwiedzają stronę internetową publikującego i są przekierowywani na stronę dostawcy sieci reklamowej.

W związku z taką odpowiedzialnością, publikujący mają pewne zobowiązania wobec osób, których dane dotyczą, wynikające przede wszystkim z dyrektywy 95/46/WE. Grupa Robocza Art. 29 uznaje w szczególności, że publikujący winni zapewnić osobom, których dane dotyczą informacje o przetwarzaniu danych mającym miejsce w następstwie przekserowania przeglądarki, a także o celach, dla jakich informacje będą wykorzystywane dalej przez dostawców sieci reklamowych. Informacje powinny odnosić się nie tylko do przekazywania adresów IP w celu wyświetlania reklam, ale także do dalszego przetwarzania danych prowadzonego przez dostawców sieci reklamowych, w tym instalowania plików cookie.

Rzecz jasna, Grupa Robocza Art. 29 nie twierdzi, że informacje winny być zapewniane dwukrotnie (raz przez dostawcę sieci reklamowej, drugi raz przez publikującego), jest natomiast zdania, że w tej kwestii konieczna jest współpraca pomiędzy dostawcami sieci reklamowych i publikującymi, którzy muszą zdecydować, kto udzieli informacji i w jaki sposób. Grupa Robocza wzywa zatem dostawców sieci reklamowej i publikujących, by nie szczydzili wysiłków, by zapewnić możliwie najskuteczniejsze powiadomienia i maksymalny poziom świadomości internautów w zakresie funkcjonowania reklam behawioralnych w poszczególnych sytuacjach. Potrzeba takiej współpracy jest tym bardziej oczywista, że dostawcy sieci reklamowych są zwykle niewidzialni dla osób, których dane dotyczą. Użytkownicy wchodzą w interakcje z odwiedzaną stroną internetową, należącą do publikującego. Z tego względu, z punktu widzenia użytkownika bardziej intuicyjne jest otrzymywanie powiadomień na stronie publikującego. Może się ono odbywać na różne sposoby, na przykład przez udostępnienie przez publikującego miejsca na stronie internetowej, w którym dostawcy reklam mogą wyświetlać żądane informacje.

Organy ochrony danych w toku wykonywania swoich obowiązków rozważą odpowiednie środki podnoszenia świadomości w zakresie tych praktyk i odpowiadających im praw osób, których dane dotyczą.

5. Inne zasady i obowiązki wynikające z dyrektywy 95/46/WE

Poza przestrzeganiem przepisów art. 5(3), administratorzy muszą wypełnić wszystkie wymogi wynikające z dyrektywy 95/46/WE, które nie pokrywają się z tym artykułem, m.in.:

5.1. Obowiązki związane ze szczególnymi kategoriami danych

Dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, opinie polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, członkostwo w związkach zawodowych oraz dane o stanie zdrowia i życiu seksualnym uznaje się za szczególnie chronione na mocy art. 8 dyrektywy 95/46/WE. Grupa Robocza Art. 29 stoi na stanowisku, że wykorzystanie tego rodzaju informacji do publikacji reklam behawioralnych pociąga za sobą poważne zagrożenie dla danych osobowych obywateli. Wszelkie określanie grup docelowych osób, których dane dotyczą w oparciu o dane szczególnie chronione stwarza pole do nadużyć. Ponadto, biorąc pod uwagę charakter takich informacji i możliwość wystąpienia niezręcznej sytuacji w przypadku otrzymania przez użytkownika reklamy ujawniającej np. preferencje seksualne lub polityczne, należy unikać wykorzystania kategorii zainteresowań ujawniających dane szczególnie chronione.

Jeśli jednak dostawcy sieci reklamowych reklamują i wykorzystują kategorie zainteresowań ujawniające dane szczególnie chronione, muszą wypełnić wymogi art. 8 dyrektywy 95/46/WE. Na przykład, jeśli dostawca sieci internetowej przetwarza informacje o zachowaniu użytkownika w celu zaklasyfikowania go do kategorii zainteresowań ujawniającej określone preferencje seksualne, oznacza to, że przetwarza dane osobowe na mocy art. 8 dyrektywy 95/46/WE. Artykuł ten zabrania przetwarzania danych szczególnie chronionych poza pewnymi określonymi sytuacjami. W świetle powyższego, zgodnie z art. 8(2)(a) jedyną możliwą podstawą prawną dla przetwarzania takich danych stanowi wyraźna, odrębna zgoda o charakterze opt-in. Wymóg wyrażenia odrębnej, wyraźnej zgody osoby, których dane dotyczą, oznacza, że mechanizmy wyrażania zgody oparte na zasadzie opt-out w żadnym razie nie wypełniają wymogów prawnych, a także że zgody nie da się uzyskać za pomocą ustawień przeglądarki. Aby legalnie zbierać i przetwarzać takie informacje, dostawcy sieci reklamowych muszą stworzyć mechanizmy pozyskiwania uprzedniej zgody, odrębnej od zgody udzielonej na przetwarzanie w ogóle.

5.2. Zgodność z zasadami związanymi z jakością danych

Art. 6 dyrektywy 95/46/WE określa zasady, których musi przestrzegać administrator danych. W rozpatrywanym tu kontekście najistotniejsze z nich są następujące:

Grupa Robocza Art. 29 ma świadomość, że profile zbierane i wykorzystywane dla celów marketingu behawioralnego mogą również być wykorzystywane do innych celów, w tym do tworzenia nowych usług o nieokreślonym jeszcze charakterze.

Powyższą możliwość ograniczają jednak przepisy art. 6(1)(b), ustanawiającego **zasadę ograniczenia celu**. Zabrania ona przetwarzania danych osobowych w sposób niezgodny z celami, które stanowiły podstawę dla zebrania tych danych. Innymi słowy, wtórne wykorzystanie w nieodpowiedni sposób informacji zebranych i przechowywanych dla celów reklam behawioralnych byłoby sprzeczne z art. 6(b) dyrektywy 95/46/WE. Na przykład, jeśli sieci reklamowe należą do grupy firm świadczących różnorakie usługi, co do zasady firmom takim nie wolno wykorzystywać danych zebranych dla celów reklam behawioralnych do innych celów (chyba, że są w stanie udowodnić, że są one zgodne z celem pierwotnym). Z tego samego powodu sieciom reklamowym nie wolno wzbogacać informacji zebranych dla celów reklam behawioralnych innymi informacjami.

Gdyby dostawcy sieci reklamowych chcieli wykorzystać informacje zebrane dla celów reklam behawioralnych do celów wtórnych niezgodnych z celem pierwotnym, na przykład dla innych usług, będzie to wymagało dodatkowych podstaw prawnych opartych na art. 7 of dyrektywy 95/46/WE, będą więc musieli udzielić informacji osobom, których dane dotyczą i w większości przypadków uzyskać ich zgodę, zgodnie z art. 7(a).

Art. 6(1) (e) wymaga usunięcia danych, które nie są już niezbędne dla celu, dla którego zostały zebrane (**zasada zatrzymywania**). Przestrzeganie tej zasady wymaga ograniczenia przechowywania informacji, firmy muszą zatem określić terminy przechowywania danych i trzymać się ich.

Zgodnie z powyższym, informacje o zachowaniu użytkowników muszą być usuwane, jeśli nie są już potrzebne do tworzenia profilu. Nieokreślone lub zbyt długie terminy przechowywania są niezgodne z art. 6(1)(e) dyrektywy. Grupa Robocza Art. 29 zauważyła, że okresy przechowywania stosowane przez dużych dostawców sieci reklamowych są różne – niektóre firmy przechowują dane bezterminowo, inne ograniczają okres przechowywania do trzech miesięcy.

W związku z powyższym, Grupa Robocza Art. 29 wzywa dostawców sieci reklamowych do wdrażania polityki w celu zapewnienia, że informacje zbierane podczas każdego odczytania pliku cookie zostaną niezwłocznie usunięte lub zanonimizowane po tym, jak ich przechowywanie przestanie być konieczne. Każdy administrator danych winien być w stanie uzasadnić konieczność przechowywania danych przed danym okresem czasu. Grupa Robocza Art. 29 wzywa dostawców sieci reklamowych do podania przyczyn uzasadniających okres przechowywania, jaki uważają za konieczny w świetle celów prze
upon ad network providers to provide reasons that kontekście celów przetwarzania danych.

Jeśli użytkownik prosi o usunięcie swojego profilu lub korzysta z prawa do wycofania zgody, dostawca sieci reklamowej zobowiązany jest bezzwłocznie usunąć informacje dotyczące danej osoby, ponieważ nie ma już podstaw prawnych dla ich przetwarzania (zgody).

5.3. Prawa osób, których dane dotyczą

Administratorzy winni dać osobom, których dane przetwarzają możliwość wykonywania prawa dostępu do swoich danych, ich poprawiania, usuwania i wyrażania sprzeciwu na mocy art. 12 i 14 dyrektywy o ochronie danych.

Grupa Robocza Art. 29 zdaje sobie sprawę z inicjatyw podejmowanych przez dostawców sieci reklamowych, polegających na oferowaniu dostępu do kategorii zainteresowań, do których zaliczono osoby, których dane dotyczą, na podstawie numeru identyfikacyjnego plików cookie. Tego rodzaju nowe narzędzia dają użytkownikom możliwość nie tylko sprawdzenia, do jakich kategorii zainteresowań zostali zaliczeni, ale także ich zmieniania i usuwania.

Grupa Robocza Art. 29 z zadowoleniem przyjmuje inicjatywy przyczyniające się do skutecznego wykonywania praw obywateli w zakresie dostępu do danych i ich poprawiania. Grupa Robocza Art. 29 wzywa dostawców sieci do wdrożenia procedur informowania użytkowników o tego rodzaju narzędziach i zapewnienia ich jak najlepszej widoczności w celu dania użytkownikom faktycznej możliwości ich wykorzystania.

5.4. Inne obowiązki

Art. 17 dyrektywy nakłada na administratorów danych i przetwarzających je obowiązek zastosowania **środków technicznych i organizacyjnych** w celu ochrony danych osobowych przez przypadkowym lub bezprawnym zniszczeniem, utratą, ujawnieniem i innymi postaciami bezprawnego przetwarzania. Aby wypełnić wymogi w zakresie bezpieczeństwa, dostawcy sieci reklamowych zobowiązani są do stosowania najnowszych środków technicznych i organizacyjnych w celu zapewnienia bezpieczeństwa i poufności informacji.

Zgodnie z art. 18 dyrektywy 95/46/WE, administratorzy zobowiązani są **zgłosić przetwarzanie danych do rejestracji** przez organy ochrony danych, chyba, że są zwolnieni z takiego obowiązku. Dostawcy sieci muszą zgłosić przetwarzanie do rejestracji na mocy odpowiednich przepisów prawa krajowego, a ponadto, w przypadku przekazywania danych poza terytorium UE, na przykład na serwery znajdujące się w państwach trzecich, zobowiązani są zachować zgodność z przepisami w zakresie przekazywania danych do państw trzecich (art. 25 i 26 dyrektywy 95/46/WE).

6. Wnioski i zalecenia

Techniki reklam behawioralnych umożliwiają reklamodawcom, w szczególności dostawcą ogłoszeń, śledzenie internautów, tworzenie ich profili i wykorzystywanie tych ostatnich do wyświetlania spersonalizowanych ogłoszeń. W większości przypadków użytkownicy nie są świadomi zaistniałej sytuacji.

Grupa Robocza Art. 29 jest głęboko zaniepokojona implikacjami tej coraz częściej spotykanej praktyki dla ochrony danych i prywatności. Choć ustawodawstwo w tym zakresie wymaga między innymi uzyskania świadomej zgody użytkowników przed jej rozpoczęciem, w praktyce jest bardzo wątpliwe, czy przeciętni użytkownicy mają świadomość faktu, że są monitorowani w celu wyświetlania reklam spersonalizowanych, a tym bardziej czy wyrazili na to zgodę.

Dotychczasowe sposoby stosowane przez przedstawicieli tej branży, by zapewnić użytkownikom informację i ułatwić im kontrolę nad ich ewentualnym monitorowaniem zawiodły. Wzmianki zawarte w ogólnych warunkach świadczenia usług bądź w polityce

prywatności, często sformułowane w niejasny sposób, nie spełniają wymogów określonych w ustawodawstwie z zakresu ochrony danych. W niektórych państwach członkowskich przedstawiciele branży podjęli starania w celu uzupełnienia istniejących przepisów samoregulacją. Starania takie są mile widziane, uszczegółowiają bowiem ogólne zasady zawarte w ramach regulacyjnych, jednak Grupa Robocza Art. 29 uznaje, że wiele pozostało do zrobienia, a branża reklamowa powinna zwiększyć wysiłki w celu zachowania zgodności ze zmienionym prawem właściwym.

Za pomocą niniejszej opinii Grupa Robocza Art. 29 pragnie skłonić zainteresowane strony, w szczególności dostawców sieci reklamowych i publikujących, do zachowania zgodności z opisanymi w niej ramami prawnymi. W tym celu wyraża w niniejszej opinii swój pogląd w sprawie interpretacji obowiązujących ram prawnych w zakresie ochrony danych w odniesieniu do reklam behawioralnych. Wzywa również przedstawicieli branży do proponowania środków technicznych i innych w celu zachowania zgodności z opisanymi tu ramami prawnymi oraz do wymiany poglądów z Grupą Roboczą w odniesieniu do takich środków. Po zakończeniu pewnego „okresu dyskusji”, Grupa Robocza Art. 29 dokona oceny sytuacji i podejmie niezbędne i odpowiednie środki, a na chwilę obecną – wzywa zainteresowane strony do wdrażania podanych poniżej zaleceń.

6.1. Prawo właściwe

- Ramy prawne UE w zakresie wykorzystania plików cookie zawarte są przede wszystkim w art. 5(3) dyrektywy 2002/58¹.
- Art. 5(3) ma zastosowanie zawsze kiedy „informacje” takie jak plik cookie są przechowywane na terminalu abonenta lub użytkownika lub z niego pozyskiwane. Informacje takie nie muszą stanowić danych osobowych.
- Ponadto, dyrektywa 95/46 ma zastosowanie do kwestii nieuregulowanych szczegółowo w dyrektywie 2002/58 w przypadku, gdy przetwarzane są dane osobowe. Reklamy behawioralne opierają się na wykorzystaniu identyfikatorów umożliwiających tworzenie bardzo szczegółowych profili użytkownika, które w większości przypadków uznaje się za dane osobowe.

6.2. Określenie jurysdykcji, kwestie terytorialne – miejsce prowadzenia działalności

- Dyrektywa 95/46/WE odnosi się do przetwarzania danych, które ma miejsce kiedy publikujący i dostawcy sieci reklamowych zamieszczają reklamy behawioralne zgodnie z art. 4.1 (a) i (c) dyrektywy 95/46/WE oraz art. 3 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej

6.3. Role i zadania

- **Dostawcy sieci reklamowych** objęci są przepisami art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, jako że zamieszczają pliki cookie bądź pozyskują informacje z plików cookie przechowywanych na terminalu użytkownika. Są również administratorami danych, ponieważ określają cele i główne środki przetwarzania danych.
- **Publikujący** mają pewne zadania związane z administrowaniem danymi w pierwszej fazie przetwarzania, kiedy poprzez ustawienia swojej strony doprowadzają do przekazania adresu IP dostawcom sieci reklamowych (co umożliwia dalsze przetwarzanie). Zadania te pociągają za sobą określone, ograniczone zobowiązania w zakresie ochrony danych (patrz poniżej). Ponadto, jeśli publikujący samodzielnie

¹ Znowelizowana wersja dyrektywy 2002/58 musi zostać wdrożona do maja 2011 r.

przekazują dane osobowe możliwe do bezpośredniego zidentyfikowania do dostawców sieci reklamowych, uznawani są za współadministratorów.

6.4. Prawa i obowiązki

W odniesieniu do dostawców sieci reklamowych:

- Art. 5(3) dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, wprowadzający zobowiązanie do uzyskania uprzedniej świadomej zgody ma zastosowanie do dostawców sieci reklamowych.
- Ustawienia przeglądarki mogą wyrażać zgodę jedynie w bardzo nielicznych sytuacjach, w szczególności w przypadku, gdy przeglądarka jest automatycznie ustawiona na odrzucanie wszystkich plików cookie, a użytkownik zmienił ustawienia tak, by indywidualnie akceptować pliki cookie, jest w pełni poinformowany o tożsamości administratora, celach przetwarzania i zakresie zbieranych danych. Przeglądarka musi zatem, samodzielnie lub w połączeniu z innymi środkami, w efektywny sposób przekazywać jasne, zrozumiałe i wyraźnie widoczne informacje na temat przetwarzania.
- Dostawcy sieci/publikujący winni zachęcać projektantów/producentów przeglądarek do stosowania prywatności w fazie projektowania i współpracować z nimi w tym zakresie.
- Mechanizmy opt-out oparte na plikach cookie co do zasady nie są odpowiednie do uzyskiwania świadomej zgody użytkowników. W większości przypadków pozyskanie zgody użytkownika jest dorozumiane, jeśli nie wyrazi on sprzeciwu. W praktyce jednak bardzo niewiele osób korzysta z opcji opt-out, nie w oparciu o świadomą decyzję o akceptacji reklam behawioralnych, a ze względu na brak świadomości, że ma miejsce przetwarzanie i wiedzy o tym, jak mogą skorzystać z opcji opt-out.
- Dostawcy sieci/publikujący winni jak najszybciej odejść od mechanizmów opt-out i stworzyć mechanizmy opt-in. Mechanizmy służące do wyrażenia świadomej, ważnej zgody winny wymagać wyraźnych działań ze strony osób, których dane dotyczą, wskazujący na ich zgodę na otrzymywanie plików cookie i późniejsze monitorowanie ich zachowań w internecie w celu dostarczania im reklam spersonalizowanych
- Zgodnie z motywem 25 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, pojedyncza zgoda na otrzymanie pliku cookie może oznaczać zgodę na kolejne odczytania tego pliku, a zatem na monitorowanie zachowań w internecie. W takim przypadku nie byłoby konieczne żądanie zgody przed każdym odczytaniem pliku cookie. Jednak aby osoby, których dane dotyczą przez cały czas zdawały sobie sprawę z monitorowania, dostawcy sieci reklamowych winni: *i)* ograniczyć zakres czasowy zgody; *ii)* dać możliwość łatwego wycofania zgody na monitorowanie dla celów wyświetlania reklam behawioralnych oraz *iii)* stworzyć symbol lub inne narzędzia widoczne na wszystkich stronach internetowych, na których ma miejsce monitoring (stronach partnerskich dostawcy sieci reklamowej). Symbol taki nie tylko przypominałby użytkownikom o monitorowaniu, ale także pomagałby im kontrolować, czy chcą być w dalszym ciągu monitorowani, czy też chcą wycofać zgodę.
- Dostawcy sieci winni wypełnić wymogi nałożone przez dyrektywę 95/46/WE, które nie nakładają się bezpośrednio na art. 5.3, czyli zasadę ograniczenia celu oraz wymogi w zakresie bezpieczeństwa.
- Ponadto, dostawcy sieci winni zapewnić osobom, których dane dotyczą możliwość wykonywania prawa dostępu do danych i ich poprawiania. Grupa Robocza Art. 29 z zadowoleniem przyjmuje stosowaną przez niektórych dostawców praktykę, polegającą

na daniu osobom, których dane dotyczą możliwości uzyskania dostępu do kategorii zainteresowań do których ich zaliczono i wprowadzenia w nich zmian.

- Dostawcy sieci winni wdrożyć politykę zatrzymywania danych zapewniającą, że informacje zbierane po każdym odczycie pliku cookie będą automatycznie usuwane po uzasadnionym okresie czasu (niezbędnym dla celów przetwarzania). Odnosi się to również do alternatywnych metod śledzenia wykorzystywanych w związku z reklamami behawioralnymi, takich jak aplikacje JavaScript zainstalowane w otoczeniu sieciowym użytkownika.

W odniesieniu do dostawców sieci reklamowych i publikujących:

- Zapewnienie wyraźnie widocznych informacji jest warunkiem wstępnym dla ważności zgody. Wzmianka o praktyce reklam behawioralnych w ogólnych warunkach świadczenia usług lub w polityce prywatności w żadnym wypadku nie może zostać uznana za wystarczającą. W świetle powyższego oraz niskiego ogólnego poziomu wiedzy o reklamach behawioralnych, należy podjąć wysiłki w kierunku zmiany powyższej sytuacji.
- Dostawcy sieci/publikujący muszą zapewnić użytkownikom informacje zgodnie z art. 10 dyrektywy 95/46/WE. W praktyce powinni zapewnić poinformowanie obywateli co najmniej o tym, jaki podmiot odpowiada za umieszczenie pliku cookie i zebranie powiązanych z nim informacji, a także wyjaśnienie im w prosty sposób, że (a) plik cookie posłuży do tworzenia profili, (b) jakiego rodzaju informacje będą zbierane w celu ich tworzenia, (c) że stworzone profile będą wykorzystywane dla celów reklamy behawioralnej oraz (d) że plik cookie umożliwi identyfikację użytkownika na różnych stronach internetowych.
- Dostawcy sieci/publikujący winni zapewnić informacje bezpośrednio na ekranie, w formie interaktywnej, w razie potrzeby za pomocą wieloetapowych powiadomień. W każdym przypadku informacje te powinny być łatwo dostępne i wyraźnie widoczne.
- Ikony umieszczone na stronie internetowej publikującego, wokół reklamy, zawierające linki do dodatkowych informacji, to dobry przykład. Grupa Robocza Art. 29 wzywa dostawców sieci/publikujących do wykazania się kreatywnością w tym zakresie.

Sporządzono w Brukseli dnia 22 czerwca 2010 r.

*W imieniu Grupy Roboczej
Przewodniczący
Jacob KOHNSTAMM*