



**02005/11/PL
WP 188**

**Opinia 16/2011 w sprawie zaleceń EASA/IAB dotyczących najlepszych praktyk w
internetowej reklamie behawioralnej**

Przyjęta w dniu 8 grudnia 2011 r.

Ta grupa robocza została powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE. Stanowi ona niezależne europejskie ciało doradcze w dziedzinie ochrony prywatności i danych osobowych.. Jej zadania opisane zostały w art. 30 dyrektywy 95/46/WE i art. 15 dyrektywy 2002/58/WE.

Obsługę sekretariatu zapewnia Dyrekcja C (Prawa podstawowe i obywatelstwo Unii) Dyrekcji Generalnej ds. Sprawiedliwości., B-1049 Brussels, Belgia, biuro MO-59 02/013.

Strona internetowa: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_pl.htm

SPIS TREŚCI

I. WSTĘP.....	3
II. ANALIZA ZALECEŃ NAJLEPSZYCH PRAKTYK W INTERNETOWEJ REKLAMIE BEHAWIORALNEJ	5
II.1 Powiadamianie (Zasada I)	5
II.2 Wybór użytkownika w internetowej reklamie behawioralnej (Zasada II)..	6
II.3 Inne zasady i obszary wzbudzające wątpliwości	8
II.3.A Wrażliwe segmenty (Zasada IV). Szczególny wzgląd na dzieci	8
II.3.B Zgodność i egzekucja (Zasada VI)	8
II.3.C Okres przechowywania zebranych danych.....	8
III. Niektóre wyjaśnienia dotyczące plików cookie i wyrażania zgody	9
III.1 Reklama behawioralna wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych ...	9
III.2 Nie do każdego rodzaju pliku cookie wymagana jest zgoda	9
III.3 Wyskakujące okienka nie są jedynym sposobem na uzyskanie zgody	10
III.4 Nie zawsze trzeba przeklikiwać się przez wiele wyskakujących okienek z pytaniem o zgodę	12
IV. WNIOSKI	13

I. WSTĘP

W listopadzie 2009 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2009/136/WE. Zmienia ona wydaną w 2002 r. dyrektywę o prywatności i łączności elektronicznej (2002/58/WE). Jedną z kluczowych zmian dotyczy mechanizmów wprowadzania danych do urządzenia końcowego użytkownika. Odrzucono istniejący obecnie system wyłączania reklam, który pozwala użytkownikom na odmowę przetwarzania informacji zebranych za pośrednictwem sprzętu końcowego (plików cookie). Zamiast tego normą stała się zasada świadomie wyrażonej zgody. Zmiany te są ważne dla internetowej reklamy behawioralnej, jako że cały ten sektor w dużej mierze opiera się na wykorzystaniu plików cookie i podobnych technologii przechowujących i uzyskujących dostęp do informacji na urządzeniu końcowego użytkownika.

Wymóg wyrażenia zgody odzwierciedlał rosnące obawy obywateli, polityków, urzędów zajmujących się ochroną danych, organizacji konsumenckich i ustawodawców wywołane gwałtownym wzrostem możliwości technicznych śledzenia zachowania osób w internecie, na różnych stronach i w różnych przedziałach czasowych. Jednocześnie nie nadążały za nim oferowane obywatelom możliwości ochrony ich prywatności i danych osobowych przed tego typu śledzeniem. Już w roku 2009 r. ustawodawcy mieli poważne wątpliwości dotyczące możliwości polegania na właściwym sektorze reklamowym w kwestii zwiększania świadomości społecznej i wolności wyboru w internetowej reklamie behawioralnej. Liczne badania opinii publicznej pokazywały i pokazują nadal, że przeciętny użytkownik internetu nie ma świadomości tego, że jego zachowanie jest śledzone za pomocą plików cookie i innych niepowtarzalnych identyfikatorów, przez kogo i w jakim celu. Brak tej świadomości stoi w rażącej sprzeczności z rosnącą zależnością wielu obywateli Europy od dostępu do internetu przy wykonywaniu zwykłych, codziennych czynności takich jak robienie zakupów, czytanie, komunikowanie się ze znajomymi i wyszukiwanie informacji. Internet w szybkim tempie zastępuje też liczne obszary aktywności offline, na przykład dostęp do pewnych usług publicznych. Szybkie zastępowanie „stacjonarnego” dostępu do internetu dostępem mobilnym jeszcze bardziej utrudnia użytkownikom wykorzystywanie środków technicznych do ochrony.

Wkrótce po wprowadzeniu zasady świadomie wyrażonej zgody jako normy europejskiej, Grupa robocza ds. ochrony danych powołana na mocy art. 29 (zwana dalej grupą roboczą art. 29) przyjęła opinię 2/2010 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej¹ (zwaną dalej Opinią 2/2010). W opinii tej opisano zadania i zakresy odpowiedzialności różnych podmiotów zaangażowanych w internetową reklamę behawioralną, wyjaśniono także odnośne ramy prawne. Skupiono się przy tym na śledzeniu zachowania w internecie, na różnych stronach i w różnych przedziałach czasowych, jako źródle najpoważniejszych obaw dotyczących ochrony danych w internetowej reklamie behawioralnej.

W kwietniu 2011 r. właściwe podmioty zaangażowane w internetową reklamę behawioralną, reprezentowane zarówno przez Europejskie Stowarzyszenie Etyki Reklamy (European Advertising Standards Alliance, EASA) oraz Biuro Reklamy Internetowej w Europie (Internet Advertising Bureau Europe, IAB), z własnej

¹ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_pl.pdf

inicjatywy przyjęły dokument zawierający zalecenia dotyczące najlepszych praktyk w dziedzinie internetowej reklamy behawioralnej („Best Practice Recommendation on online behavioural advertising”, dalej zwany „Kodeksem EASA/IAB”)². W sierpniu 2011 r. grupa robocza art. 29 wysłała do EASA i IAB list otwarty³, w którym opisała obawy związane z sugerowanym w Kodeksie EASA/IAB podejściem polegającym na możliwości wyłączenia reklam. W kolejnym spotkaniu z grupą roboczą art. 29 przedstawiciele EASA i IAB stwierdzili, że „Kodeks służył przede wszystkim wyrównaniu szans”, oraz że nie miał na celu zapewnienia zgodności ze zmienioną dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej⁴.

Grupa robocza art. 29 z zadowoleniem przyjmuje – jak zostało już stwierdzone w Opinii 2/2010 – inicjatywy branży zmierzające do samoregulacji obszaru internetowych reklam behawioralnych. W Kodeksie EASA/IAB faktycznie uwzględniono pewne interesujące propozycje (na przykład Zasada V – Edukacja), które, jeżeli będą dalej rozwijane i wdrażane, mogą zwiększyć skuteczność mechanizmu wyrażania zgody. Kodeks EASA/IAB sam w sobie nie jest jednak odpowiedni, aby zapewnić zgodność z obowiązującymi aktualnie europejskimi ramami prawnymi ochrony danych. W celu zapobieżenia wszelkim nieporozumieniom grupa robocza art. 29 postanowiła sporządzić dokładną analizę zakresu, w jakim kodeks ten, uzupełniony przez materiały zawarte na stronie www.youronlinechoices.eu, jest zgodny z właściwymi przepisami prawa.

Mówiąc konkretniej, opinia ta skupia się na pierwszych dwóch zasadach Kodeksu EASA/IAB i jego praktycznego wdrożenia na stronie www.youronlinechoices.eu, a konkretnie Zasadzie I (Powiadamianie) i Zasadzie II (Wybór użytkownika). Omówiono tutaj także niektóre z pozostałych zasad Kodeksu, a także dalsze obszary wzbudzające niepokój (np. przechowywanie danych). Ponadto, grupa robocza art. 29 wykorzystuje tę okazję do pokreślenia różnicy między plikami cookie używanymi do śledzenia oraz innymi rodzajami plików cookie, które mogą zostać zwolnione z wymogu udzielania zgody, podając praktyczne przykłady wyłączonych spod takiego wymogu plików cookie oraz podkreślając możliwe podejścia do zgodnego z prawem uzyskiwania zgody tam, gdzie jest ona wymagana.

² http://www.easa-alliance.org/binarydata.aspx?type=doc/EASA_BPR_OBA_12_APRIL_2011_CLEAN.pdf/download

³ List Grupy roboczej ds. ochrony danych powołanej na mocy art. 29 z dnia 3 sierpnia 2011 r. adresowany do branży internetowej reklamy behawioralnej dotyczący powstałych w wyniku samoregulacji ram prawnych.
http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20110803_letter_to_obi_annexes.pdf

⁴ Komunikat prasowy Grupy roboczej art. 29 z dn. 14 września 2011 r.
http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/art29_press_material/20110914_press_release_obi_industry_final_en.pdf

II. ANALIZA ZALECEŃ NAJLEPSZYCH PRAKTYK W INTERNETOWEJ REKLAMIE BEHAWIORALNEJ

II.1 Powiadamianie (Zasada I)

Na podstawie art. 5 ust. 3 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, zgoda musi zostać wyrażona świadomie. Oznacza to w praktyce, że użytkownik musi wyrazić swoją zgodę na przechowywanie informacji albo dostęp do informacji przechowywanych w jego urządzeniu końcowym po otrzymaniu jasnych i wyczerpujących informacji w zgodzie z dyrektywą 95/46/WE, między innymi na temat celu przetwarzania informacji. A zatem, aby zapewnić zgodność z prawem, właściwe informacje muszą być przekazane użytkownikom bezpośrednio, w jasnej i zrozumiałej formie przed rozpoczęciem przetwarzania informacji. Nie wystarczy jedynie „dostępność” tych informacji w jakimś miejscu strony, którą odwiedza użytkownik.

Kodeks EASA/IAB przewiduje wykorzystanie ikony powiadamiającej o reklamie behawioralnej. W stosowanej obecnie formie tego Kodeksu, ikona ta prowadzi na stronę z informacjami pod adresem www.youronlinechoices.eu. Użytkownicy mogą na niej zasygnalizować chęć wyłączenia reklam poprzez zaznaczenie nazw konkretnych przedsiębiorstw na liście różnych sieci reklamowych.

W obecnej sytuacji, oraz przy aktualnym braku wiedzy i świadomości dotyczącej reklamy behawioralnej wśród użytkowników internetu, wspomniane podejście polegające na zastosowaniu ikony samo w sobie nie wystarczy do prawidłowego informowania użytkowników o wykorzystaniu plików cookie w znaczeniu art. 5 ust. 3. Wynika to z poniższych czynników:

a) Mimo że w przyszłości ikona ta może być powszechnie rozpoznawalna, obecnie przeciętni użytkownicy będą potrzebowali dodatkowego objaśnienia, aby zrozumieć jej znaczenie. Ikona ta mogłaby jednak być przydatna jako uzupełnienie innych form informowania poprzez hiperłącze prowadzące do dodatkowych informacji na temat praw użytkownika, mogłaby też służyć do ciągłego przypominania użytkownikom, że ich zachowanie w sieci jest śledzone.

b) Aby udzielać zrozumiałych informacji należy używać jasnego języka, tak aby użytkownicy mogli od razu zrozumieć, że ich zachowanie w sieci jest śledzone, oraz że mogą być do nich skierowane reklamy ukierunkowane. Ograniczenie się tylko do użycia słowa „advertising” (ang. „reklama”) przy ikonie nie wystarczy do poinformowania użytkownika, że do prowadzenia reklamy behawioralnej wykorzystywane są właśnie pliki cookie. Informacja powinna zawierać przynajmniej słowa mówiące o „reklamie spersonalizowanej”.

c) Ikona może służyć jako dodatkowa informacja i sposób przypominania użytkownikowi lub abonentowi *po* tym jak wyraził już swoją zgodę na przetwarzanie swoich danych na potrzeby reklamy behawioralnej. Proponowane podejście polegające na wykorzystaniu ikony nie może być zatem używane do udzielania informacji przed wyrażeniem zgody, czego wymagają obowiązujące ramy prawne (chyba że ikona zostanie połączona ze sposobem na uzyskanie zgody użytkownika).

d) Informacja musi być prawidłowa i kompletna, oraz zgodna z wymogami określonymi w art. 10 dyrektywy 95/46/WE. Grupa robocza art. 29 chciała przywołać swoją Opinię 2/2010, w której stwierdziła, że „Operatorzy sieci reklamowych/wydawcy muszą zapewniać użytkownikom informacje zgodnie z art. 10 dyrektywy 95/46/WE. W praktyce oznacza to, że powinni zapewnić, aby osoby fizyczne były informowane co najmniej, kto (tj. który podmiot) odpowiada za umieszczenie pliku i gromadzenie odnośnych informacji. Ponadto powinny być informowane w prosty sposób, że a) plik cookie zostanie użyty do tworzenia profili; b) jakiego rodzaju informacje będą gromadzone w związku z tworzeniem takich profili; c) profile będą używane do wyświetlania ukierunkowanych reklam; oraz d) plik cookie umożliwi identyfikację użytkownika na różnych stronach internetowych. Operatorzy sieci/wydawcy powinni udzielać informacji bezpośrednio na ekranie, w sposób interaktywny, w razie potrzeby za pomocą wieloetapowych powiadomień. W każdym razie informacje powinny być łatwo dostępne i dobrze widoczne”.

Jako że ikona sama w sobie oraz strona www.youronlinechoices.eu nie dostarczają dokładnych i łatwych do zrozumienia informacji o różnych administratorach danych (sieciach reklamowych) oraz celach, w jakich przetwarzają te informacje, Kodeks oraz strona ta nie spełniają wymogów zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

II.2 Wybór użytkownika w internetowej reklamie behawioralnej (Zasada II)

W Opinii 2/2010, grupa robocza art. 29 WP stwierdziła: „z dosłownego brzmienia art. 5 ust. 3 wynika że: i) zgodę należy uzyskać przed umieszczeniem pliku cookie lub pobraniem informacji przechowywanej w urządzeniu końcowym użytkownika, co zwykle określa się jako uzyskanie uprzedniej zgody, oraz ii) świadomą zgodę można uzyskać jedynie wówczas, gdy użytkownikowi przekazano uprzednio informacje dotyczące wysłania i przeznaczenia pliku cookie. W tym kontekście należy również wziąć pod uwagę, że ważność zgody, bez względu na okoliczności jej udzielenia, wymaga, aby stanowiła ona konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dotyczą dane, że wyraża przyzwolenie Zgodę należy uzyskać przed pobraniem danych osobowych, gdyż stanowi ona niezbędny środek zapewnienia osobom, których dane dotyczą możliwości pełnego zrozumienia, na co wyrażają zgodę. Ponadto zgoda musi być odwołalna”.

W Kodeksie EASA/IAB zamiast starać się uzyskać zgodę użytkowników twierdzi się, że daje się im możliwość dokonania „wyboru”. W rzeczywistości jest to wybór polegający na możliwości wyłączenia zbierania danych, daje bowiem użytkownikowi możliwość zgłoszenia sprzeciwu wobec gromadzenia i przetwarzania ich danych na potrzeby internetowej reklamy behawioralnej.

Ten „wybór” nie jest zgodny z art. 5 ust. 3 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, gdyż dane są zbierane, a nawet przetwarzane, bez zgody użytkownika i bez udzielenia mu informacji przed rozpoczęciem przetwarzania. A zatem przestrzeganie Zasady II nie wystarczy do spełnienia wymogów zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej.

- Strona wyboru użytkownika: www.youronlinechoices.eu

Pierwszym praktycznym przykładem wdrożenia Kodeksu EASA/IAB jest strona www.youronlinechoices.eu, na której metoda wykorzystana do wyrażenia “wyboru” opiera się na wykorzystaniu różnych „wyłączających” plików cookie. Za pomocą takiego pliku cookie sieć reklamowa może zarejestrować, że użytkownik odmawia dalszego udziału w internetowej reklamie behawioralnej. Podejście to można łatwo zmodyfikować tak żeby zapewnić zgodność ze zmienionym art. 5 ust. 3 wspomnianej dyrektywy poprzez stworzenie rozwiązania opartego na „włączającym” pliku cookie, jak opisano to poniżej.

Na stronie tej zamieszczono listę zawierającą nazwy sieci reklamowych. Użytkownicy mogą określić swoje preferencje, jeżeli nie chcą otrzymywać ukierunkowanych reklam od jednej z nich, większej ich liczby, albo od wszystkich. Wybranie jednej lub większej liczby sieci reklamowych powoduje zainstalowanie jednego lub większej liczby „wyłączających” plików cookie pochodzących od tych sieci.

Ten sposób wdrożenia, abstrahując od faktu, że oparte jest na możliwości wyłączenia reklam, a więc nie jest zgodny z wymogiem uprzedniego wyrażenia świadomej zgody, który został sformułowany w art. 5 ust. 3 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, pociąga za sobą następujące dodatkowe problemy:

- a) „Wyłączający” plik cookie zatrzymuje dalsze odbieranie reklamy spersonalizowanej, nie powstrzymuje jednak sieci reklamowej przed dostępem do informacji na urządzeniu końcowym użytkownika i przechowywaniem na nim danych. Wręcz przeciwnie, wykazano istnienie ciągłej technicznej wymiany informacji między urządzeniem końcowym użytkownika a siecią reklamową po instalacji „wyłączającego” pliku cookie.
- b) Użytkownik nie otrzymuje informacji o tym, czy śledzący plik cookie wciąż jest przechowywany na jego komputerze i w jakim celu⁵.
- c) Podczas procesu instalacji “wyłączającego” pliku cookie użytkownik nie ma możliwości zarządzania zainstalowanymi wcześniej śledzącymi plikami cookie i usunięcia ich, a sama instalacja wywołuje złudne wrażenie, że skorzystanie z opcji wyłączenia dezaktywuje śledzenie zachowania w Internecie.

Problem ten pogarsza jeszcze fakt, że na stronie www.youronlinechoices.eu znajdują się odnośniki do licznych skryptów JavaScript zdolnych do śledzenia pojedynczych użytkowników. Śledzenie to zachodzi bez informowania o nim użytkownika i, w dwóch przypadkach, bez jakiegokolwiek możliwości wyłączenia tego konkretnego sposobu śledzenia⁶. IAB i EASA, poproszone o komentarz na temat tej usterki technicznej, nie udzieliły grupie roboczej art. 29 odpowiedzi nawet po wysłaniu kilku pisemnych upomnień.

⁵ „Podjęcie decyzji o wyłączeniu reklamy behawioralnej online nie oznacza zaprzestania otrzymywania reklam internetowych. Oznacza to jednak, że reklamy, które będą wyświetlane na przeglądanych przez użytkownika stronach nie będą dostosowane do jego potencjalnych zainteresowań lub preferencji wyszukiwania, z których obecnie korzysta”. Źródło: <http://www.youronlinechoices.eu/pl/twojewybory>

⁶ Na stronie zawarto funkcje JavaScript pochodzące od pięciu różnych zewnętrznych stron trzecich. Skrypty te mogą zbierać informacje o użytkowniku takie jak adres IP, referrer HTTP i unikalna konfiguracja przeglądarki.

II.3 Inne zasady i obszary wzbudzające wątpliwości

II.3.A Wrażliwe segmenty (Zasada IV). Szczególny wzgląd na dzieci

Kodeks przewiduje nieprzetwarzanie danych dzieci poniżej 13 roku życia. Zasada ta jest bardzo mile widziana, należy jednak zaznaczyć, że ten próg wiekowy nie ma podstawy prawnej. Właściwe byłoby wskazać jasno w zaleceniach, że próg ten stosuje się „zależnie od różnych wymogów przewidzianych w prawie krajowym”.

Grupa robocza art. 29 z zadowoleniem przyjmuje część B Zasady IV, która wymaga uzyskania wyraźnej zgody użytkownika przed utworzeniem segmentów z użyciem szczególnie chronionych danych osobowych lub zastosowaniem na tych segmentach internetowej reklamy behawioralnej.

II.3.B Zgodność i egzekucja (Zasada VI)

W Kodeksie EASA/IAB zawarto środki mające na celu zapewnienie stosowania się przedsiębiorstw-sygnatariuszy do jego przepisów, przede wszystkim poprzez proces samocertyfikacji podlegający niezależnemu audytowi, który uzupełnia odnawiana okresowo „pieczęć” potwierdzająca zgodność. Grupa robocza art. 29 zdaje sobie sprawę z potrzeby istnienia wewnętrznych branżowych zasad zgodności, chciałaby jednak podkreślić, że Kodeks ten powinien z zasady być zgodny z europejskimi ramami prawnymi ochrony danych. Należy w tym kontekście zaznaczyć, że ostateczna odpowiedzialność za ocenę zgodności z prawem dostawców internetowej reklamy behawioralnej spoczywa na krajowych organach regulacyjnych.

II.3.C Okres przechowywania zebranych danych

Jak wyjaśniono to już w Opinii 2/2010, „operatorzy sieci reklamowych powinni wdrożyć zasady przechowywania, które zapewniałyby automatyczne usuwanie informacji gromadzonych każdorazowo przy odczycie pliku cookie po upływie uzasadnionego czasu (niezbędnego do celów przetwarzania)”. Ponadto, należy do minimum ograniczyć zbieranie i przetwarzanie danych do celów reklamy behawioralnej. W kodeksie EASA/IAB nie zawarto żadnych przepisów dotyczących ilości zbieranych danych i okresu (okresów) ich przechowywania na potrzeby konkretnych celów. Ponieważ także wspomniana strona nie zawiera obecnie żadnych wyjaśnień tej kwestii, niejasna pozostaje ilość danych zbieranych przez różne sieci reklamowe, czas ich przechowywania i cel, w jakim są przetwarzane. Informacje takie są absolutnie niezbędne, jeżeli użytkownik ma w pełni świadomie podjąć decyzję o wyrażeniu zgody na takie profilowanie. Biorąc pod uwagę niedostateczną przejrzystość i świadomość społeczną, wysoce niepożądane jest posiadanie przez każdą sieć reklamową własnej polityki przechowywania takich danych, niezwykle pomocna byłaby zatem inicjatywa samoregulacyjna. W ramach takiej inicjatywy należałoby rozpatrzyć przynajmniej okres, przez który zgoda może być uważana za ważną i po upływie którego dane byłyby usuwane.

III. Niektóre wyjaśnienia dotyczące plików cookie i wyrażania zgody

III.1 Reklama behawioralna wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych

W niektórych miejscach na stronie www.youronlinechoices.eu napisano, że „W większości przypadków informacje wykorzystane do reklam ukierunkowanych nie są osobiste, a więc użytkownik nie może zostać zidentyfikowany”, oraz że pliki cookie służą do przechowywania „podstawowych, nieosobistych informacji na komputerze użytkownika w celu usprawnienia pewnych funkcji i indywidualizacji przeglądania Internetu”. Argumenty te służą wyprowadzeniu wniosku, że instalacja plików cookie do celów reklamy behawioralnej nie podlega przepisom o ochronie danych. Grupa robocza art. 29 WP odsyła do swojej Opinii 2/2010, w której wyjaśniono, że do celów reklamy behawioralnej przetwarzane są niepowtarzalne identyfikatory, czy to za pomocą plików cookie czy innych instrumentów umożliwiających identyfikację urządzenia. Wykorzystanie tego typu niepowtarzalnych identyfikatorów pozwala śledzić użytkowników konkretnego komputera nawet po usunięciu adresów IP lub ich zanonimizowaniu. Innymi słowy, tego typu niepowtarzalne identyfikatory pozwalają na „wyróżnienie” osób, których dane dotyczą, do celów śledzenia zachowania użytkownika podczas przeglądania różnych stron, kwalifikują się więc jako dane osobowe.

Ponadto grupa robocza art. 29 pragnie zaznaczyć, że art. 5 ust. 3 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej stosuje się niezależnie od tego, czy informacje przechowywane na urządzeniu końcowym użytkownika lub z niego odczytywane stanowią dane osobowe czy nie.

III.2 Nie do każdego rodzaju pliku cookie wymagana jest zgoda

EASA oraz IAB twierdziły też, że na instalację każdego pliku cookie potrzebna jest „wyraźna” zgoda, co negatywnie odbija się na komforcie przeglądania internetu. Grupa robocza art. 29 chciałaby wyjaśnić, że nie każdy rodzaj pliku cookie wymaga udzielenia zgody, jako że istnieje wiele różnych sposobów na wykorzystanie plików cookie w różnych celach, a z każdym z nich związane są różne wymagania. Zgodnie z art. 5 ust. 3 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej zezwala się na wyłączenie pliku cookie spod zasady wyrażenia świadomej zgody, jeżeli jest to potrzebne „w celu wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej” lub też jest to „szczególnie niezbędne w celu dostarczania usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika”.

Dla przykładu, wyłączeniu spod zasady świadomej zgody podlegałyby poniższe pliki cookie:

- *plik cookie sesji bezpiecznego logowania*. Ten rodzaj pliku cookie służy do identyfikacji użytkownika po tym, jak zaloguje się on do usługi społeczeństwa

informacyjnego⁷ i jest niezbędny do rozpoznania użytkownika, utrzymania spójności komunikacji z serwerem za pośrednictwem sieci komunikacyjnej.

- *Plik cookie koszyka na zakupy.* Tego rodzaju pliki cookie stosowane są zazwyczaj na stronach sklepów internetowych w celu przechowywania odnośników do przedmiotów, które użytkownik wybrał, klikając na odpowiedni przycisk (np. „dodaj do koszyka”). Taki plik cookie jest więc niezbędny do dostarczenia usługi społeczeństwa informacyjnego wyraźnie zażądanej przez użytkownika.
- *Pliki cookie bezpieczeństwa.* Pliki cookie zapewniające bezpieczeństwo i niezbędne do zapewnienia zgodności z wymogami bezpieczeństwa dyrektywy 95/46/WE lub innych przepisów do celów usługi społeczeństwa informacyjnego wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Plik cookie może być na przykład wykorzystany do przechowywania niepowtarzalnego identyfikatora, który umożliwia wprowadzenie do usługi społeczeństwa informacyjnego dodatkowego zabezpieczenia w postaci rozpoznawania powracających użytkowników. Próby logowania z nieznanymi urządzeniami mogłyby skutkować zadaniem dodatkowych pytań bezpieczeństwa.

Grupa robocza art. 29 zauważa również, że chociaż niektóre pliki cookie mogą być wyłączone spod zasady świadomej zgody wymaganej przez art. 5 ust. 3 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, mogą one w dalszym ciągu być wykorzystywane w procesie przetwarzania danych, który musi spełniać wymagania ogólnej dyrektywy o ochronie danych. Dostawcy usług społeczeństwa informatycznego muszą w szczególności w dalszym ciągu wywiązywać się z obowiązku informowania użytkowników. Istnieje dostatecznie wiele okazji do poinformowania użytkowników o wykorzystaniu plików cookie przed ich zainstalowaniem.

III.3 Wyskakujące okienka nie są jedynym sposobem na uzyskanie zgody

Wiele osób uważa, że wyskakujące okienka są jedynym sposobem na uzyskanie zgody. W rzeczywistości tak nie jest. Istnieje wiele innych sposobów na uzyskanie zgody, które są przyjaźniejsze dla użytkownika. Niektóre z nich to:

- *Stacyczny banner informacyjny na górze strony zawierający prośbę o zgodę użytkownika na zainstalowanie plików cookie i odnośnik do oświadczenia o prywatności z dokładniejszym opisem różnych administratorów danych i celów przetwarzania danych.* Banner taki wykorzystywany jest obecnie przez brytyjski organ zajmujący się ochroną danych⁸.
- *Ekran powitalny wyświetlany przy wchodzeniu na stronę i wyjaśniający, jakie pliki cookie zostaną zainstalowane przez jakie organizacje, jeżeli użytkownik wyrazi na to zgodę.* Takie ekrany powitalne wykorzystywane są na przykład przez browary chcące upewnić się, że odwiedzający ich strony są w odpowiednim do tego wieku.

⁷ „Usługa społeczeństwa informacyjnego” obejmuje wszystkie usługi świadczone normalnie za wynagrodzeniem, na odległość, za pomocą urządzeń elektronicznych do przetwarzania (łącznie z kompresją cyfrową) oraz przechowywania danych, na indywidualne żądanie usługobiorcy.

⁸ <http://www.ico.gov.uk>

- *Ustawienie domyślne niepozwalające na przekazywanie danych stronom zewnętrznym i wymagające kliknięcia przez użytkownika w celu wyrażenia zgody na potrzeby śledzenia.* Praktyczne rozwiązanie techniczne⁹ zostało opracowane przez niemiecki e-zin „Heise” na potrzeby plików cookie instalowanych i odczytywanych przez portal Facebook za pośrednictwem przycisku „Lubię to!”. Przycisk ten jest domyślnie jasnoszary. Podświetla się on dopiero po tym, jak użytkownik na niego kliknie, i dopiero wtedy jest w stanie wysłać i odbierać dane użytkownika¹⁰.

- *Domyślne ustawienia przeglądarki zapobiegające gromadzeniu danych behawioralnych (Nie zbieraj).* W motywie 66 zmienionej dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej zasugerowano, że ustawienia przeglądarki mogą służyć za metodę otrzymania zgody, pod warunkiem, że są „technicznie możliwe i skuteczne, zgodnie z odpowiednimi przepisami dyrektywy 95/46/WE”. Nie jest to wyjątek od art. 5 ust. 3, lecz raczej przypomnienie, że w takim środowisku technologicznym zgodę można wyrazić na różne sposoby, jeśli jest to technicznie możliwe, skuteczne i zgodne z innymi odpowiednimi wymogami dotyczącymi ważności zgody

Oznacza to przynajmniej tyle, że aby spełnić wymogi dyrektywy 95/46/WE, nie można zakładać, że osoby, których dane dotyczą, wyraziły zgodę wyłącznie dlatego, że nabyły przeglądarkę lub inną aplikację, która domyślnie pozwala na zbieranie i przetwarzanie ich informacji, albo dlatego że użyły takiej aplikacji. Aby przeglądarki lub inne aplikacje mogły służyć do wyrażenia ważnej i skutecznej zgody, muszą wymagać od osób, których dane dotyczą, aktywnego zaakceptowania zarówno rozpoczęcia jak i kontynuowania przekazywania informacji zawartych w plikach cookie konkretnym stronom internetowym. Można wyobrazić sobie stworzone w tym celu przez sieci reklamowe aplikacje (wtyczki albo rozszerzenia przeglądarek), które po ściągnięciu i zainstalowaniu umożliwiałyby użytkownikowi zmianę statusu ustawień przeglądarki dotyczących plików cookie używanych do reklam za pomocą interfejsów programowania aplikacji (API) lub innych narzędzi udostępnionych przez producentów przeglądarek. Użytkownicy powinni otrzymywać odpowiednie informacje dotyczące przetwarzania danych przed zainstalowaniem konkretnej wtyczki reklamowej. Można by dowodzić, że tego rodzaju mechanizm wyłączający zbieranie danych mógłby działać właściwie jedynie wówczas, gdyby zapewniono, że zgodnie z domyślnymi ustawieniami przeglądarka odrzucałaby pliki cookie pochodzące od stron trzecich.

Grupa robocza art. 29 z zadowoleniem przyjmuje podjęte niedawno przez producentów przeglądarek inicjatywy zmierzające do opracowania rozwiązań zarządzania prywatnością, na przykład Do Not Track¹¹, które mogą utorować drogę zgodnym z przepisami mechanizmom udzielania zgody opartymi na ustawieniach przeglądarki, pod warunkiem że dzięki takim mechanizmom użytkownicy będą naprawdę mogli wyrażać zgodę w poszczególnych przypadkach i nie będą domyślnie śledzeni..

⁹ Aby udzielona zgoda była świadoma, rozwiązaniu temu musi towarzyszyć odpowiednia informacja.

¹⁰ Kod dostępny jest pod adresem <http://www.heise.de/ct/artikel/2-Klicks-fuer-mehr-Datenschutz-1333879.html>

¹¹ <http://www.w3.org/2011/tracking-protection/>

III.4 Nie zawsze trzeba przeklikiwać się przez wiele wyskakujących okienek z pytaniem o zgodę

Ponieważ na wielu stronach obecne są pochodzące od sieci reklamowych pliki cookie, do zainstalowania których na podstawie art. 5 ust. 3 wymagana byłaby zgoda użytkownika, EASA i IAB stanęły na stanowisku, że użytkownicy musieliby nieustannie klikać na okna z pytaniem o zgodę w miarę surfowania z jednej strony do drugiej. Wysuwając taką sugestię ignorują one fakt, że nie ma potrzeby ponawiania pytania o zgodę na instalację pliku cookie pełniącego tę samą rolę i pochodzącego od tego samego dostawcy, jeżeli użytkownik wyraził zgodę lub odmówił jej wyrażenia. A zatem, jeżeli będąca stroną trzecią sieć reklamowa otrzyma zgodę na instalację wykorzystywanego w internetowej reklamie behawioralnej pliku cookie na jednej stronie, zgoda ta będzie ważna nie tylko na jej podstronach, ale też na wszystkich innych stronach korzystających z tej samej sieci internetowej reklamy behawioralnej. W związku z tym liczba pytań o wyrażenie zgody stawianych przeciętnemu użytkownikowi będzie się zmniejszać w miarę przeglądania internetu i dokonywania wyborów.

Po wyrażeniu przez użytkownika zgody na otrzymanie konkretnego pliku cookie, obecność tego pliku cookie może świadczyć o udzieleniu takiej zgody. Wykorzystywaną obecnie przez sieci reklamowe stowarzyszone ze stroną www.youronlinechoices.eu technologię opartą na możliwości wyłączenia reklam można by zmodyfikować, opierając ją na możliwości włączenia reklam. Zilustrować to możemy na poniższym przykładzie:

- 1) Kiedy użytkownik po raz pierwszy nawiązuje kontakt z dostawcą internetowej reklamy behawioralnej (wchodząc na stronę internetową), nie ma zainstalowanego żadnego pliku cookie, żaden plik cookie nie zostanie więc wysłany do dostawcy sieci reklamowej. Dostawca reklam może wyświetlić w dowolnym rodzaju obszarze informacyjnego (w tym też w obszarze, w którym pojawiłaby się reklama) wiadomość dającą użytkownikowi wybór:
 - zaakceptowania pliku cookie włączającego w przyszłości reklamę behawioralną;
 - odmowy zainstalowania plików cookie służących do celów reklamy behawioralnej przy jednoczesnym zaakceptowaniu pliku cookie zawierającego słowo „REFUSE”, umożliwiającego zapamiętanie na przyszłość odmowy udzielenia zgody¹²;
 - nie instalowania żadnego pliku cookie. W takim przypadku podczas kolejnej wizyty na stronie pytanie to zostanie zadane ponownie.
- 2) Kiedy użytkownik po raz kolejny nawiąże kontakt z tym samym dostawcą reklam, dostawca ten może zmienić swoje zachowanie na jeden z trzech sposobów:
 - jeżeli na urządzeniu użytkownika znaleziono „włączający” plik cookie, dostawca internetowej reklamy behawioralnej może uzyskać dostęp do

¹² Wykorzystanie pliku cookie służącego zarejestrowaniu odmowy udzielenia zgody przez użytkownika spełnia wymogi art. 5 ust. 3, ponieważ użytkownik musi wyrazić zgodę także na zainstalowanie tego pliku cookie.

plików cookie przechowywanych na urządzeniu końcowym użytkownika, zapisywać na nim własne pliki cookie i dostarczać reklamę behawioralną;

- jeżeli na urządzeniu użytkownika znaleziono plik cookie zawierający słowo „REFUSE”, dostawca internetowej reklamy behawioralnej będzie wiedział, że użytkownik ten odmawia zgody na instalowanie plików cookie (oraz otrzymywanie reklamy behawioralnej) i będzie stosował jedynie reklamę nieukierunkowaną;
- jeżeli na urządzeniu użytkownika nie znaleziono żadnego pliku cookie, dostawca internetowej reklamy behawioralnej uzna, że użytkownik ten po raz pierwszy nawiązał z nim kontakt i zapyta o jego wybór.

Taka metoda uzyskiwania zgody może być warta dalszego zbadania przez właściwe podmioty rynkowe.

Strona www.youronlinechoices.eu jasno pokazuje, że wybory związane z internetową reklamą behawioralną można przedstawić na jednej stronie, na której użytkownik może dokonać wyboru związanego z każdym dostawcą internetowej reklamy behawioralnej z osobna. Na stronie, która korzysta z usług kilku dostawców reklam, można wykorzystać podobną prezentację przedstawiającą użytkownikowi wszystkie niezbędne prośby o wyrażenie zgody na jednej stronie lub na jednym obszarze informacyjnym, co jeszcze bardziej zmniejszy liczbę potrzebnych wyskakujących okienek i obszarów informacyjnych.

IV. WNIOSKI

Jak stwierdzono w Opinii 2/2010, grupa robocza art. 29 nie kwestionuje korzyści gospodarczych, jakie może przynieść reklama behawioralna, jest jednak przekonana, że takie praktyki nie mogą odbywać się kosztem praw osób fizycznych do prywatności i ochrony danych. Konieczne jest poszanowanie ram prawnych dotyczących ochrony danych w UE, które określają odpowiednie środki zabezpieczające

Przestrzeganie zaleceń Kodeksu EASA/IAB w dziedzinie internetowej reklamy behawioralnej i udział w programie na stronie www.youronlinechoices.eu nie zapewniają zgodności z obowiązującą obecnie dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej. Ponadto Kodeks oraz strona internetowa tworzą fałszywe wrażenie, że można zrezygnować z bycia śledzonym podczas przeglądania sieci. To błędne założenie może zaszkodzić użytkownikom, ale też branży reklamowej, jeżeli jej przedstawiciele uwierzą, że stosując Kodeks spełniają wymogi wspomnianej dyrektywy.

Branża reklamowa musi spełniać wymagania dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, a niniejsza opinia pokazuje, że istnieje wiele praktycznych rozwiązań pozwalających połączyć wysoki poziom zgodności z przepisami oraz wygodę użytkownika.

Sporządzono w Brukseli dnia 8 grudnia 2011 r.

W imieniu grupy roboczej
Przewodniczący
Jacob KOHNSTAMM