

Prawne warunki stosowania cookies

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rodzaje i funkcje cookies
- III. Podstawy prawne stosowania cookies
- VI. Zakres zastosowania przepisów o cookies
 - 1. Zakres podmiotowy
 - 2. Zakres przedmiotowy
- V. Obowiązek informacyjny
 - 1. Podmiot zobowiązany
 - 2. Sposób wykonania obowiązku informacyjnego
- VI. Uzyskanie zgody
 - 1. Podmiot udzielający zgody
 - 2. Wymagania dotyczące uzyskania zgody
 - 3. Zakres udzielonej zgody
- VII. Zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody
- VIII. Cookies a dane osobowe
- IX. Egzekwowanie obowiązków dotyczących cookies

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest stosowanie cookies przez dostawców usług telekomunikacyjnych, usług świadczonych drogą elektroniczną oraz dostawców usług reklamowych. Celem opracowania jest wskazanie dopuszczalnych sposobów wykonania obowiązku informacyjnego i obowiązku uzyskania zgody, a także zakresu zwolnień z tych obowiązków w świetle dorobku interpretacyjnego Grupy Roboczej ds. Artykułu 29, regulatorów innych państw członkowskich UE i krajowej praktyki. Problemy cookies są rozpatrywane głównie w świetle przepisów prawa telekomunikacyjnego, ale z uwzględnieniem wymagań wynikających z przepisów o ochronie danych osobowych.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K23; cookies; obowiązek informacyjny; zgoda; przeglądarka; dane osobowe.

* Profesor Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: spiatek@wz.uw.edu.pl.

I. Wprowadzenie

Pojęcie cookies, niekiedy zastępowane polskim określeniem „ciasteczka”, oznacza informacje umieszczane w urządzeniach końcowych użytkowników usług, przez przedsiębiorców świadczących usługi w sieciach telekomunikacyjnych, a następnie wykorzystywane do różnych celów związanych z prowadzoną działalnością. Możliwość gromadzenia informacji o użytkownikach urządzeń telekomunikacyjnych za pomocą cookies spowodowała zainteresowanie tymi działaniami ze strony organów odpowiedzialnych za ochronę danych osobowych użytkowników. Grupa Robocza ds. Artykułu 29 (dalej: Grupa Robocza) już w zaleceniu z 1999 roku wskazywała na zagrożenia dla danych osobowych użytkowników Internetu wynikające z operacji niewidocznych dla użytkowników i realizowanych bez ich wiedzy, polegających na przesyłaniu w protokole HTTP informacji wykraczających poza to, co jest potrzebne do nawiązania połączenia z serwerem. Wśród budzących wątpliwości mechanizmów wymieniono m.in. cookies. Już wówczas sformułowano postulat informowania użytkowników w przystępny sposób o zamiarze przechowywania cookies oraz o tym, jakie informacje są w nich umieszczane, w jakim celu i na jaki okres. Z unijnych przepisów o ochronie danych osobowych wyprowadzono wymóg, aby użytkownik mógł swobodnie decydować o tym, w jakim zakresie akceptuje przechowywanie i wykorzystywanie cookies w jego urządzeniu, a także, aby mógł w prosty sposób usuwać cookies na podstawie instrukcji otrzymanych od dostawcy usług¹.

Skutki stosowania cookies nadal pozostają w zakresie zainteresowania władz chroniących dane osobowe, ale szczegółowe przepisy w tej sprawie zostały wprowadzone do dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)². Postanowienia tej dyrektywy dotyczące cookies, znowelizowane w roku 2009, zostały przeniesione do art. 173 prawa telekomunikacyjnego (dalej: Pt)³.

II. Rodzaje i funkcje cookies

Cookies to rodzajowe określenie dla dość zróżnicowanych i stale rozwijanych technologii informatycznych. Podstawowy rodzaj cookies jest związany z korzystaniem z protokołu HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) służącego do przesyłania dokumentów hipertekstowych w sieci WWW (*World Wide Web*). Protokół wysyła do dostawcy usługi dane dotyczące żądanego przez użytkownika dokumentu, wykorzystywanej przeglądarki, rodzajów akceptowanych plików, preferowanego języka, sposobu kodowania i formy dostarczenia dokumentu. Protokół nie zachowuje po stronie dostawcy usługi internetowej informacji o historii korzystania z usługi przez użytkownika, jego preferencjach i sposobie korzystania z usługi. W celu identyfikacji urządzenia służącego do korzystania z usługi i dostarczenia usługi zgodnie z preferencjami użytkownika, serwer dostawcy usługi przy pierwszym korzystaniu z usługi, poza żądanym dokumentem, przesyła do urządzenia również informacje ułatwiające przyszłe korzystanie z usługi przez użytkownika. Informacje te, zapisane przez urządzenie usługobiorcy, są następnie odczytywane przez serwer usługi internetowej

¹ Recommendation 1/99 on Invisible and Automatic Processing of Personal Data on the Internet Performed by Software and Hardware, 23 December 1999, WP 17, s. 3.

² Dz. U. L 201, z 31.7.2002, s. 37.

³ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.

przy każdym kolejnym przypadku korzystania z tej usługi internetowej. Te właśnie informacje przechowywane w urządzeniu końcowym użytkownika, a następnie odczytywane przez serwer usługi rodzajowo określa się jako cookies. Informacje te są zapisywane w pamięci urządzenia, w odpowiednim katalogu lub w oprogramowaniu wykorzystywanym do łączenia z usługami internetowymi (przeglądarka). Są one zapisane w postaci tekstowej. Poza nazwą serwera (domeny) i terminem ważności, cookies zawierają ciąg znaków zawierających informacje czytelne dla serwera, który je wysłał lub urządzeń z nim współpracujących. Zawartość tych informacji jest uzależniona od funkcji realizowanych przez dostawcę usługi z wykorzystaniem cookies.

Obok cookies związanych z wykorzystaniem protokołu HTTP, przepisom dotyczącym cookies podlegają pokrewne rozwiązania określane zbiorczo jako technologie lokalnego przechowywania danych (*local storage*). Szczególnie szeroko wykorzystywane są tzw. Flash cookies. Taką kwalifikację prawną uzasadnia ich podobieństwo do HTTP cookies⁴. Służą one do wspomagania oprogramowania Adobe Flash obsługującego treści multimedialne. Przechowują informacje niezbędne do przekazania materiału wideo z zachowaniem jakości oraz szybkości transferu odpowiadającej charakterystyce urządzenia wykorzystywanego przez użytkownika oraz łącza, z którego on korzysta. Do technologii o funkcjonalności zbliżonej do cookies zalicza się również znaczniki pikselowe (piksele), zawierające fragmenty kodu strony internetowej lub aplikacji, które po umieszczeniu w urządzeniu użytkownika umożliwiają odczytywanie i umieszczanie cookies oraz ich wykorzystywanie przez dysponenta usługi lub podmioty z nim współpracujące. Grupa Robocza zwróciła również uwagę na konieczność stosowania przepisów o cookies do przechowywania i wykorzystywania danych służących do identyfikacji urządzeń (*device fingerprinting*). Poprzez zestawianie informacji charakteryzujących urządzenie lub wersję używanej aplikacji (np. dane o formatowaniu dokumentów, nagłówkach w protokole HTTP, wersji przeglądarki, zainstalowanych czcionkach) dostawcy usług mogą identyfikować użytkowników w sposób taki, jak za pomocą cookies. Ponieważ w tym przypadku z reguły nie przechowują informacji, lecz jedynie wykorzystują informację z urządzenia do celów analitycznych lub śledzenia użytkownika, mają skłonność do unikania obowiązków odnoszących się do cookies⁵.

Technologie służące lokowaniu informacji dostawców usług w urządzeniach użytkowników i ich wykorzystywaniu są stale rozwijane. Rozwój cookies i podobnych technologii jest określany jako „wyścig zbrojeń”, w którym odpowiedzią na coraz to nowe techniki śledzenia zachowań użytkowników w sieci są udoskonalone techniki ochrony ich prywatności⁶. Zwiększa się objętość informacji lokowanych w urządzeniach użytkowników, zmieniają mechanizmy jej wykorzystywania i obsługiwane funkcje. Jednocześnie nowsze technologie działają w sposób mniej jawny dla użytkownika w porównaniu z klasycznymi cookies.

Funkcje cookies są coraz bardziej zróżnicowane. Przede wszystkim służą one uwierzytelnianiu użytkowników korzystających z usługi, dostosowywaniu usługi do warunków korzystania z niej (np. rodzaju urządzenia), ustalonych preferencji użytkownika w zakresie języka, formatu dokumentów oraz sposobu korzystania z usługi (np. sposobu logowania i korzystania z poszczególnych funkcji usługowych). Cookies są również wykorzystywane przez dostawców

⁴ *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies*, Information Commissioner's Office, May 2012. s. 2.

⁵ *Opinion 9/2014 on the application of Directive 2002/58/EC to device fingerprinting*, 25 November 2014, WP 224, s. 3.

⁶ G. Acar, Ch. Eubank, S. Englehardy, M. Juarez, A. Narayanan, C. Diaz, *The Web Never Forgets: Persistent Tracking Mechanisms in the Wild*, s. 1. Pozyskano z: https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent/the_web_never_forgets.pdf.

usług na potrzeby związane z badaniem i statystykami wykorzystania usługi. Dostawcy deklarują wykorzystanie cookies do zapewniania bezpieczeństwa usług, zapobiegania oszustwom przy logowaniu, włamaniom na cudze konta i podobnym nieprawidłowościom. Niezależne badania funkcji cookies związanych z zapobieganiem nieprawidłowościom nie zawsze potwierdzają jednak faktyczne występowanie deklarowanych przez dostawców funkcjonalności ochronnych⁷. Technologia cookies może być wykorzystana do blokowania instalacji cookies pochodzących od dostawcy usługi, jeżeli użytkownik urządzenia końcowego sprzeciwi się instalowaniu na nim cookies (tzw. *opt-out cookies*) pochodzących z tej usługi. Technologia cookies w coraz szerszym zakresie jest wykorzystywana do identyfikowania użytkownika w celu przesyłania mu reklam odpowiadających jego preferencjom, ustalonym na podstawie analizy korzystania z usług internetowych.

Funkcje cookies są związane z czasem ich przechowywania w urządzeniu użytkownika. Stosunkowo niski poziom ingerencji w prywatność użytkownika wykazują cookies sesyjne (*session cookies*). Według badań przeprowadzonych przez Grupę Roboczą, cookies sesyjne to jedynie ok. 14% ogólnej liczby cookies⁸. Ulegają one likwidacji po wylogowaniu z usługi, opuszczeniu strony internetowej lub zamknięciu przeglądarki obsługującej połączenie ze stroną. Takie cookies służą do wiązania czynności użytkownika w ramach jednego połączenia z usługą, zapisywania ustawień usługi i dyspozycji przekazanych w czasie sesji, ułatwiania poruszania się użytkownika po różnych częściach serwisu oraz eliminacji kolejnych czynności weryfikacyjnych. Typowe wykorzystanie cookies sesyjnych występuje w czasie wizyty na stronie sklepu internetowego, w czasie której użytkownik przekazuje kolejne dyspozycje w różnych częściach serwisu sprzedażowego.

Trwałe (*persistent*) cookies, które dominują w praktyce (ok. 86%) są przechowywane w urządzeniu użytkownika przez dłuższy okres, do upływu terminu ich ważności lub usunięcia ich przez użytkownika urządzenia. Okres ważności cookies trwałych ustalany jest z reguły w przedziale 1–2 lat, choć występują cookies, których termin ważności ustala się na 31/12/9999 23:59⁹. Trwałe cookies umożliwiają rozpoznanie użytkownika przy kolejnych wizytach i wiązanie jego działań na odwiedzanej stronie z ustalonym wcześniej profilem. Zawierają informacje o ustawieniach usługi dokonanych przy pierwszej wizycie, zapewniają respektowanie wyboru dotyczącego języka usługi w przypadku usług wielojęzycznych, ustawień menu, stosowanych zakładek, ulubionych stron, sposobu wyświetlania wyników wyszukiwania, mogą także służyć do eliminacji lub ograniczenia wymogu identyfikacji użytkownika poprzez zaznaczenie opcji „zapamiętaj” (*„remember me”*) przy logowaniu. Przetwarzanie danych zgromadzonych dzięki trwałym cookies pochodzącym z różnych stron odwiedzanych przez użytkownika zapewnia znaczący potencjał informacyjny, który może być wykorzystany do działań reklamowych.

Funkcje cookies są również uzależnione od tego, jakie podmioty umieszczają je w urządzeniu użytkownika. Cookies stosowane przez dostawcę usługi internetowej z reguły służą do obsługi użytkownika tej usługi. Szczególne zagadnienia są związane z cookies stosowanymi przez inne podmioty niż dostawca usługi internetowej. Są one określane jako cookies strony trzeciej

⁷ Pruefung der nach Abmeldung eines Facebook-Nutzers verbleibenden Cookies, Der Hamburgische Beauftragte fuer Datenschutz und Informationsfreiheit, 2.11.2011. Pozyskano z: https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/Pruefbericht_Facebook-Cookies.pdf.

⁸ Cookie Sweep Combined Analysis. Report, 3 grudnia 2015, Grupa Robocza ds. Artykułu 29, WP 229, s. 9.

⁹ Cookie Sweep Combined..., s. 19.

(third party cookies) i wywołują liczne, specyficzne problemy prawne związane z ochroną danych i prywatności użytkowników usług¹⁰. Cookies innych podmiotów są zwykle związane z prowadzeniem przez nie działalności marketingowej (reklamowej) we współpracy z dostawcami usług internetowych. Dostawca usługi internetowej instaluje na swojej stronie oprogramowanie, które kieruje żądania użytkownika nie tylko do informacji i usług na stronie tego dostawcy, lecz także przekierowuje je na stronę dostawcy usług reklamowych. Reklamy i inne informacje marketingowe są wyświetlane w czasie korzystania z usługi internetowej. Przeglądarka przy pobieraniu reklam i informacji zapisuje również cookies pochodzące od podmiotów prowadzących działalność marketingową. Cookies wysyłane przez te podmioty mają zapewnić dostosowanie reklam do profilu użytkownika, ograniczenie liczby wyświetleń reklamy w tym samym urządzeniu końcowym, niekiedy także wyświetlanie tych reklam w odpowiedniej kolejności, mają umożliwić ocenę efektywności kampanii reklamowej i rozliczenie jej ze zleceniodawcą na tej podstawie. Dostawca usług reklamowych obsługuje w ten sposób reklamodawców, którzy poszukują dostępu do użytkowników w czasie korzystania przez nich z usług internetowych. Umożliwienie innym podmiotom działalności marketingowej (reklamowej) w stosunku do osób odwiedzających strony internetowe jest ważnym źródłem finansowania tych stron, szczególnie w przypadku, gdy udostępniają one zawartość użytkownikom nieodpłatnie. Wartość reklamy on-line stale rośnie i jest ważnym czynnikiem rozwoju gospodarki cyfrowej. Raport Grupy Roboczej z 2015 roku, przygotowany na podstawie danych z 8 państw członkowskich UE wskazuje, że cookies stron trzecich stanowią ok. 70% wszystkich cookies adresowanych do użytkowników najpopularniejszych usług internetowych w tych państwach¹¹.

Dostawcy usług reklamowych są zainteresowani podążaniem treści reklamowych za użytkownikiem korzystającym z różnych stron internetowych. Chodzi o dostarczanie mu treści reklamowych dostosowanych do jego indywidualnych preferencji i zainteresowań, które wynikają z profilu zbudowanego na potrzeby tzw. reklamy behawioralnej na podstawie analizy jego aktywności w sieci internetowej. Do budowy profilu użytkownika wykorzystuje się dane o rodzaju odwiedzanych stron, częstotliwości tych wizyt, interakcji z materiałami na stronach, hasłach stosowanych przy wyszukiwaniu, treściach zamieszczanych na stronach internetowych przez użytkownika¹². W reklamie behawioralnej wykorzystywane są cookies śledzące (*tracking cookies*) informujące o wcześniejszej aktywności użytkownika. W mechanizmie reklamy behawioralnej uczestniczy kilka kategorii podmiotów. Uczestniczą w nim dostawcy usług reklamowych (określani również jako dostawcy sieci reklamowych), którzy zbierają dane o użytkownikach, przetwarzają je oraz dostarczają spersonalizowane treści reklamowe. To na nich spoczywa ciężar dostosowania treści reklamowych do zainteresowań użytkownika. Działają oni na rzecz reklamodawców, zainteresowanych przekazaniem treści reklamowych odpowiednich do profilu użytkownika. Jest to możliwe dzięki współdziałaniu dostawców usług reklamowych z dostawcami usług internetowych, którzy zapewniają dostęp do użytkownika i przeznaczają część pojemności informacyjnej swojej usługi na transmisję treści reklamowych, dzięki czemu mogą finansować

¹⁰ Podkreśla znaczenie tego rozróżnienia na gruncie prawa telekomunikacyjnego: A. Karpiński, *Pliki cookies w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych*, cz. I, „Edukacja Prawnicza” 2014, nr 1, s. 21.

¹¹ *Cookie Sweep Combined...*, s. 2.

¹² *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, WP 171, 22 June 2010, s. 4.

swoją zasadniczą usługę¹³. Współpraca ta ma charakter wielostronny. Obecnie stosowane technologie umożliwiają dostawcom usług reklamowych korzystanie z wielu źródeł informacji o użytkowniku. Dostawcy usług internetowych mogą korzystać z treści reklamowych dostarczanych przez wielu dostawców reklam.

III. Podstawy prawne stosowania cookies

Sprawy cookies zostały uregulowane na poziomie prawa UE w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE o prywatności i łączności elektronicznej. Początkowo, do czasu nowelizacji w roku 2009 wymagano, aby umieszczenie informacji w urządzeniu końcowym oraz uzyskanie dostępu do tej informacji przez dostawcę usługi było możliwe po przekazaniu użytkownikowi urządzenia jasnej i wyczerpującej informacji zgodnie z dyrektywą 95/46/WE w sprawie ochrony danych osobowych, w szczególności informacji dotyczącej celów przetwarzania. Dysponent informacji powinien zapewnić użytkownikowi urządzenia możliwość sprzeciwienia się takiemu przetwarzaniu. Wymogi te nie musiały być spełnione w dwóch przypadkach. Po pierwsze, w przypadku technicznego przechowywania danych bądź dostępu, dokonywanych wyłącznie w celu wykonania bądź ułatwienia transmisji przekazu poprzez sieć łączności elektronicznej, czyli wykonania usługi telekomunikacyjnej. Wyłączenie obejmowało nie tylko wykonanie tej usługi, lecz także „ułatwienie” (*facilitation*) transmisji komunikatów. Po drugie, wyłączenie miało zastosowanie w przypadku, gdy instalowanie informacji było ściśle niezbędne w celu świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego (czyli usługi świadczonej drogą elektroniczną w terminologii krajowej) na wyraźne życzenie użytkownika bądź abonenta.

Problematyce cookies poświęcony był motyw 25 dyrektywy 2002/58/WE. Akcentował on korzyści odnoszone ze stosowania cookies, w przeciwieństwie do szkodliwych elementów takich jak programy szpiegujące czy robaki sieciowe. Wskazywał na ich użyteczność przy analizie efektywności stron internetowych i marketingu oraz weryfikacji tożsamości użytkowników zaangażowanych w transakcje on-line. Kluczowe znaczenie przypisano obowiązkowi informacyjnemu w stosunku do użytkownika urządzenia końcowego, w którym umieszcza się cookies. Wymagano, aby możliwość zgłoszenia sprzeciwu była oferowana podczas umieszczania informacji w urządzeniu, w czasie sesji wykorzystujących tę informację, a także w razie późniejszego wykorzystywania tych informacji. Dopuszczano jednocześnie uzależnianie dostępu do zawartości strony internetowej od udzielenia zgody na zainstalowanie cookies bądź podobnego narzędzia, pod warunkiem jego wyczerpującego opisu, o ile cel jego użycia jest prawnie dozwolony. Przepisy z 2002 roku realizowały zatem zasadniczo model *opt-out* wsparty na obowiązku informacyjnym¹⁴.

Nowelizacja dyrektywy 2002/58/WE z roku 2009 spowodowała istotne zmiany w art. 5 ust. 3¹⁵. Polegały one na przejściu w sprawie cookies od modelu *opt-out* do modelu *opt-in*, powiązanego z ograniczoną listą wyjątków, przy czym niezbyt precyzyjne sformułowania dyrektywy oraz różnicowane koncepcje implementacyjne krajowych prawodawców spowodowały, że faktyczne roz-

¹³ Zob. opis tego układu w: *Opinion 2/2010 on online...*, s. 5.

¹⁴ G. Karp, *Privacy protection in the telecommunications sector – new rules of storing information in telecommunications terminal equipment*, [w:] S. Piątek (ed.), *Telecommunications Regulation in Poland*, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, University of Warsaw, Faculty of Management Press, Warsaw 2013, s. 216.

¹⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów, Dz. Urz. L 337, s. 11, 18.12.2009.

wiązania łączą różne elementy obydwu modeli¹⁶. Argumentacja akcentująca zastosowanie modelu *opt-in* wskazuje na konieczność uzyskania uprzedniej zgody. Argumentacja nawiązująca do modelu *opt-out* dotyczy głównie możliwości wyrażania zgody poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi. Obecnie przepis art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że „[p]aństwa członkowskie zapewniają, aby przechowywanie informacji lub uzyskanie dostępu do informacji już przechowywanych w urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika było dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że dany abonent lub użytkownik wyraził zgodę zgodnie z dyrektywą 95/46/WE po otrzymaniu jasnych i wyczerpujących informacji, między innymi o celach przetwarzania. Nie stanowi to przeszkody dla każdego technicznego przechowywania danych ani dostępu do nich jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej, lub gdy jest to ściśle niezbędne w celu świadczenia usługi przez dostawcę usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika”. Przepisy art. 5 ust. 3 dyrektywy zostały implementowane w państwach członkowskich w sposób zróżnicowany zarówno pod względem normatywnym, jak i co do sposobu interpretacji obowiązującego prawa przez krajowe organy regulacyjne¹⁷.

W prawie krajowym sprawy stosowania cookies i podobnych instrumentów uregulowano w art. 173 ust. 1–3 Pt. Artykuł ten był modyfikowany odpowiednio do zmian zachodzących w dyrektywie. Zgodnie z obecnym brzmieniem tych przepisów Pt, przechowywanie informacji lub uzyskiwanie dostępu do informacji już przechowywanej w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika końcowego jest dozwolone za jego zgodą pod warunkiem przekazania mu w sposób jednoznaczny, łatwy i zrozumiały informacji o celu tych działań oraz o możliwości określenia przez niego warunków tych działań za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi. Dodatkowo, działania te nie mogą powodować zmian konfiguracyjnych w urządzeniu końcowym i oprogramowaniu zainstalowanym w tym urządzeniu. Zgoda może być wyrażona za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi. Warunków tych nie stosuje się, jeżeli przechowywanie informacji i dostęp do niej są konieczne do wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostarczenia usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika końcowego.

Stosowanie przedstawionych wyżej wymagań prawnych dotyczących cookies nie jest uzależnione od tego czy informacje zawarte w cookies mają charakter danych osobowych. Informacje te mogą być uznane za dane osobowe, jeżeli pozwalają na identyfikację użytkownika, a nie wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Ocena w tym zakresie jest uzależniona od charakteru, okoliczności, sposobu i celu przetwarzania informacji zawartych w cookies¹⁸. Jeżeli posługiwanie się cookies będzie miało cechy przetwarzania danych osobowych, to na poziomie prawa unijnego będzie miała zastosowanie dyrektywa 95/46/WE. Natomiast na gruncie prawa krajowego zastosowanie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych

¹⁶ G. Karp, *Privacy protection...*, s. 214, D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych (uwagi na temat znowelizowanego art. 173 PrTelekom)*, dodatek „Monitor Prawniczy” 2013, nr 8, „Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2013”, s. 14, Legalis.

¹⁷ *EU Cookie Audits - Are you compliant?*, Fieldfisher, TRUSTe, s. 5. Pozyskano z: http://www.fieldfisher.com/media/3002508/052215_cookie_whitepaper-44158607_1.pdf

¹⁸ M. Brzozowska, *Ochrona danych osobowych w sieci*, PRESSCOM sp. z o.o., Wrocław 2012, s. 38.

osobowych¹⁹ (dalej: uodo) nie jest konieczne w zakresie uregulowanym w art. 173 ust. 1–3 Pt, gdyż trudno byłoby uznać, że przepisy te przewidują ochronę słabszą niż zapewnia uodo. Taki wniosek należy wyprowadzić z art. 5 uodo. Zatem na gruncie prawa krajowego odwoływanie się w sprawie cookies do uodo nie jest konieczne ani w zakresie, w jakim sprawa cookies została uregulowana w Pt (art. 173 ust. 1-3), ani w sprawie zasad uzyskiwania zgody na ich stosowanie (art. 174 Pt). Przepisy te w oczywisty sposób nie obejmują wszystkich celów, jakie mogą być realizowane z wykorzystaniem cookies, w szczególności celów reklamowych. Nie obejmują również wykorzystania cookies w powiązaniu z innymi danymi, jakimi dysponują niektórzy dostawcy usług. Zatem również na gruncie prawa krajowego występuje potencjał do zastosowania w odniesieniu do cookies przepisów uodo. Przemawia za tym stanowisko Grupy Roboczej, która uznaje iż posługiwanie się cookies oznacza przetwarzanie unikalnych identyfikatorów²⁰, a to z kolei umożliwia wyróżnienie użytkownika spośród pozostałych użytkowników usługi internetowej, choć nie prowadzi do przetwarzania imienia i nazwiska użytkownika. W tych przypadkach, gdy informacje zawarte w cookies mogą być zestawione z informacjami bezpośrednio identyfikującymi użytkownika, podawanymi przez użytkownika przy rejestracji (zawarciu umowy), zasadność traktowania informacji zawartych w cookies jako danych osobowych nie ulega wątpliwości.

IV. Zakres zastosowania przepisów o cookies

1. Zakres podmiotowy

Przepisy art. 173 ust. 1–3 Pt o przechowywaniu i dostępie do informacji w urządzeniu końcowym użytkownika dotyczą każdego podmiotu, który dokonuje takich czynności. Podmiot taki musi poinformować użytkownika o stosowaniu cookies i uzyskać zgodę na ich wykorzystanie, o ile nie przysługuje mu zwolnienie od tych obowiązków. Wykonanie tych obowiązków może być trudniejsze dla podmiotów, które nie mają bezpośredniej relacji usługowej z użytkownikiem, w szczególności nie są ani przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, ani dostawcą usług świadczonych drogą elektroniczną. Wniosek, iż te właśnie dwie grupy są w pierwszej kolejności adresatami przepisów o cookies można wyprowadzić z art. 173 ust. 3 Pt określającego wyłączenia. Są to przedsiębiorcy telekomunikacyjni w rozumieniu art. 2 pkt 27 Pt, którzy jednak korzystają z cookies w węższym zakresie niż druga grupa dostawców usług. Przepisy art. 173 Pt nie odsyłają w sprawie świadczenia usług drogą elektroniczną do ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną²¹ (dalej: uśude), ale nie ulega wątpliwości, że adresatami omawianych przepisów są przede wszystkim usługodawcy w rozumieniu art. 2 pkt 6 tej ustawy. Te dwie grupy podmiotów korzystają pod pewnymi warunkami z wyłączeń od obowiązku informacyjnego i obowiązku uzyskania zgody.

Podmiotowy zakres obowiązywania przepisów o cookies w prawie unijnym i krajowym jest szerszy niż podmiotowy zakres dopuszczalnych wyłączeń, które dotyczą tylko przedsiębiorców dostarczających usługi telekomunikacyjne i usługi świadczone drogą elektroniczną. Niewątpliwie, przepisy dotyczące cookies dotyczą dostawców usług reklamowych, którzy stanowią typowy przypadek „strony trzeciej” stosującej cookies. W stosunku do dostawców usług reklamowych nie da

¹⁹ Dz. U. z 2014 r., poz. 1182.

²⁰ Opinion 2/2010 on online..., s. 9.

²¹ Dz.U. z 2013 r., poz. 1422.

się uzasadnić zastosowania wyłączenia z art. 173 ust. 3 pt, gdyż wykazanie, że wykonanie usługi reklamowej jest konieczne do wykonania usługi świadczonej drogą elektroniczną byłoby trudne. Dlatego dostawcy usług reklamowych w każdym przypadku będą zobowiązani do wykonania obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody użytkownika urządzenia.

Dostawcy usług telekomunikacyjnych i usług świadczonych drogą elektroniczną mogą samodzielnie wykonać obowiązek informacyjny i obowiązek uzyskania zgody. Dostawcy usług internetowych nie są zobowiązani do wykonywania obowiązków dotyczących cookies na rzecz „stron trzecich”, z którymi współpracują. Ponieważ jednak użytkownik rozpoczyna korzystanie z usługi na stronie dostawcy usług internetowych, z reguły pośredniczy on w wykonaniu obowiązku informacyjnego oraz pozyskaniu zgody użytkownika na rzecz strony trzeciej.

Znacznie trudniejsze problemy interpretacyjne dotyczące podmiotowego zakresu zastosowania przepisów o cookies powstają w przypadku, gdy informacje przetwarzane w związku z wykorzystaniem cookies mają charakter danych osobowych. W pierwszej kolejności obowiązki administratora danych osobowych obciążają dostawcę usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną, szczególnie gdy poza informacjami pochodzącymi z cookies dysponuje on danymi użytkownika zebranymi w trakcie rejestracji (zawierania umowy). Jeżeli dostawca usługi internetowej współpracuje z dostawcami usług reklamowych powstaje zagadnienie, czy i w jakim zakresie dostawca usługi internetowej powinien być traktowany jako administrator danych przetwarzanych przez dostawcę usługi reklamowej. Dostawca usługi internetowej zapewnia przekierowanie wyszukiwarki użytkownika na serwer dostawcy usług reklamowych, co powoduje przesłanie temu podmiotowi numeru IP urządzenia użytkownika, dzięki czemu do urządzenia mogą być następnie skierowane reklamy i cookies, a także podejmowane działania dotyczące profilu użytkownika. Przekierowanie żądania użytkownika następuje automatycznie, z reguły poza wiedzą i zamiarem użytkownika, który zamierzał jedynie skorzystać z usługi internetowej²². Grupa Robocza uznaje, że o ile odpowiedzialność dostawcy usługi internetowej nie obejmuje profilowania na podstawie informacji pozyskanych z cookies, o tyle obejmuje początkową czynność przekierowania żądania pochodzącego z wyszukiwarki. Dlatego uzasadnione jest traktowanie dostawcy usługi internetowej jako współadministratora danych, który współdecyduje o celu przetwarzania dotyczącym dostarczania spersonalizowanych reklam. Trudno jednak żądać wykonania w związku z tym wszystkich obowiązków przewidzianych dyrektywą 95/46/WE w stosunku do administratora danych osobowych. Grupa Robocza zaleca w tym przypadku elastyczne podejście do obowiązków administratora, szczególnie w przypadku, gdy dostawca usługi internetowej nie dysponuje danymi osobowymi użytkownika. Co innego gdyby dostawca usługi internetowej przekazywał dostawcy usługi reklamowej dane użytkownika uzyskane przy rejestracji w usłudze. W takim przypadku dostawca usługi internetowej wspólnie z dostawcą usługi reklamowej powinni zapewnić wykonanie wszystkich powinności administratora danych. Zapewnienie dostępu do danych użytkowników przenosi część odpowiedzialności na dostawcę usługi internetowej, a podział obowiązków związanych z wykonaniem obowiązków z tytułu administrowania danymi osobowymi powinien być określany w umowach pomiędzy dostawcami usługi internetowej i usługi reklamowej²³.

²² Opinion 2/2010 on online..., s. 11.

²³ Ibidem, s. 12.

Ochronie wynikającej z art. 173 podlegają telekomunikacyjne urządzenia końcowe należące do abonentów i użytkowników końcowych. Ochrona przysługuje wszystkim abonentom w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pt, niezależnie od tego, w jaki sposób zawarli umowę o korzystanie z usług telekomunikacyjnych oraz czy są osobami fizycznymi, czy jednostkami o innym statusie. Ochrona przysługuje również wszystkim użytkownikom końcowym, czyli zgodnie z art. 2 pkt 50 Pt podmiotom faktycznie korzystającym z usług dla zaspokojenia własnych potrzeb, niezależnie od tego czy są stroną umowy z dostawcą usług. Ochrona przysługuje usługobiorcom w rozumieniu art. 2 pkt 7 uśude, czyli osobom korzystającym z usługi świadczonej drogą elektroniczną, przy czym ponieważ korzystanie z usługi jest możliwe tylko poprzez sieć telekomunikacyjną, to osoba korzystająca ma albo status abonenta, albo użytkownika końcowego w rozumieniu przepisów Pt.

2. Zakres przedmiotowy

Obowiązki określone w art. 173 ust. 1–3 Pt dotyczą przechowywania i korzystania z informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych w rozumieniu art. 2 pkt 43 Pt. Ochroną są objęte wszelkie urządzenia przeznaczone do zapewniania telekomunikacji (aparaty telefoniczne, smartfony, modemy, dekodery telewizyjne). Ponieważ urządzenie końcowe jest szczególnym przypadkiem urządzenia telekomunikacyjnego, czyli urządzenia przeznaczonego do zapewniania telekomunikacji, może powstawać wątpliwość co do zaliczenia do tej kategorii komputerów osobistych i innych urządzeń elektronicznych służących głównie do przechowywania i przetwarzania informacji. Definicja telekomunikacyjnego urządzenia końcowego obejmuje urządzenia przyłączone bezpośrednio i pośrednio do zakończeń sieci. Za interpretacją obejmującą również komputery przemawia cel omawianego przepisu. Ochrony wymagają nie tylko urządzenia przeznaczone głównie do telekomunikacji, lecz także urządzenia przeznaczone głównie do przetwarzania informacji, które przyłączone pośrednio lub bezpośrednio do sieci służą do korzystania z telekomunikacji i usług świadczonych drogą elektroniczną²⁴. Przemawia za tym również bezpośredni związek art. 173 Pt z przepisami uśude, która dotyczy przesyłania danych za pomocą systemów teleinformatycznych, czyli systemów łączących funkcje telekomunikacyjne i informatyczne.

Zakres czynności dozwolonych warunkowo na podstawie art. 173 ust. 1 Pt obejmuje przechowywanie informacji w urządzeniach użytkownika oraz uzyskiwanie do nich dostępu. Z przepisu ust. 1 można wyprowadzić wniosek, że po spełnieniu warunków określonych w tym przepisie dozwolone jest również przesyłanie informacji do tych urządzeń i powodowanie, że dane te zostaną zapisane w pamięci urządzenia. Legalizacja przechowywania informacji oznacza, że podmioty uprawnione mogą wykorzystywać zasoby pamięci urządzenia użytkownika do utrzymywania informacji w tym urządzeniu. Legalizacja dostępu do przechowywanych informacji oznacza, że uprawnione podmioty mogą sprawdzać obecność i treść informacji zapisanych w urządzeniu. Mogą one również modyfikować treść tych informacji, a ostatecznie usunąć dane z urządzenia, gdy ustanie cel, dla którego zostały one wprowadzone.

Treść informacji przechowywanych w urządzeniu nie została bezpośrednio określona, ale nie jest ona obojętna dla stosowania przepisów art. 173 ust. 1–3 Pt. Jeżeli podstawą przetwarzania jest zgoda abonenta lub użytkownika końcowego, to treść przechowywanej informacji musi

²⁴ Tak m.in. S. Chmielewski, [w:] M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 678; P. Nihoul, P. Rodford, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 471.

odpowiadać opisowi funkcji cookies, jakie dostawca przekazuje dysponentowi urządzenia. Jeżeli podstawą zgody jest ustawowe zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody, to przechowywana informacja musi być konieczna do wykonania transmisji komunikatu, wykonania usługi telekomunikacyjnej lub usługi świadczonej drogą elektroniczną.

V. Obowiązek informacyjny

1. Podmiot zobowiązany

Obowiązek przekazania informacji obciąża podmiot umieszczający cookies w urządzeniu oraz wykorzystujący zawartą w nich informację przy kolejnych odwiedzinach. Nie budzi to wątpliwości w przypadku dostawców usług telekomunikacyjnych lub zamówionych przez użytkownika usług świadczonych drogą elektroniczną. W przypadku przesyłania reklam podmiotów trzecich obowiązki informacyjne są bardziej złożone. W przypadku cookies przeznaczonych do działalności reklamowej podmiotem zobowiązanym do przekazania informacji jest dostawca usług reklamowych. Jednak to dostawca usługi internetowej jest odpowiedzialny za przekierowanie wyszukiwarki na stronę dostawcy usług reklamowych, co łączy się z przekazaniem informacji o adresie IP, do którego mają być kierowane cookies i spersonalizowane reklamy²⁵. Podejmowanie takiego działania wymaga jednak poinformowania o tym użytkownika usługi. Wniosek taki wyprowadza się z przepisów dyrektywy 95/46/WE o ochronie danych osobowych, gdyż przepisy o posługiwaniu się cookies kwestii tej nie obejmują. Ponieważ informacje dotyczą różnych działań, a odpowiedzialność za wykonanie obowiązków informacyjnych jest podzielona, Grupa Robocza zaleca porozumienie się dostawcy usług internetowych i dostawcy usługi reklamowej co do sposobu wykonania obowiązków informacyjnych. Nie jest konieczne przekazywanie odrębnych komunikatów informacyjnych przez dostawcę usług internetowych i dostawcę usług reklamowych. Nie jest też konieczne rozdzielanie informacji wymaganych przepisami Pt oraz przepisami uodo. Wystarczający będzie komunikat przekazany przez dostawcę usług internetowych na temat wszystkich aspektów stosowania cookies albo udostępnienie w przekazywanych treściach miejsca dla dostawcy usług reklamowych na przekazanie niezbędnych informacji²⁶.

Wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania obowiązku informacyjnego, a następnie uzyskania zgody przez dostawcę usługi internetowej w imieniu stron trzecich zgłaszają jednak regulatorzy w niektórych państwach członkowskich. Przykładowo, włoski organ ds. ochrony danych osobowych (Garante) uznaje, że niedopuszczalne jest wymaganie od dostawcy usługi internetowej, aby podjął się tych obowiązków ze względu na brak po jego stronie pełnej wiedzy o praktykach podmiotów trzecich, zmienność tych praktyk i brak możliwości weryfikacji faktycznych funkcji realizowanych przez strony trzecie z wykorzystaniem cookies. Dostawcy usług internetowych są często podmiotami słabszymi pod względem technologicznym i ekonomicznym od dostawców usług reklamowych operujących na wielu stronach internetowych. Dlatego włoski regulator wypowiada się za oddzielnym wykonywaniem obowiązku informacyjnego oraz obowiązku uzyskania zgody przez dostawców usług internetowych oraz strony trzecie, w szczególności te strony trzecie, które zajmują się profilowaniem użytkowników na potrzeby reklamowe²⁷. W takim przypadku informacje

²⁵ Opinion 2/2010 on online..., s. 19.

²⁶ Ibidem, s. 19.

²⁷ Garante, Simplified Arrangements to Provide Information and Obtain Consent Regarding Cookies, 8 May 2014, s. 2.

przekazywane przez dostawcę usługi internetowej powinny zawierać bezpośrednio odesłania na stron podmiotów trzecich dotyczących stosowania cookies przez te podmioty.

Informacja, którą dostarcza dostawca usługi internetowej w imieniu dostawcy usługi reklamowej powinna zawierać jasną i wyczerpującą informację o reklamowych celach cookies. Nie jest wystarczające ogólne poinformowanie o cookies innych podmiotów niż dostawca usługi internetowej. Dodatkowo wymaga się, aby informacja wskazywała jakie czynności należy podjąć w celu eliminacji cookies związanych z przekazywaniem reklam. Tylko spełnienie tego warunku pozwala na prawidłowe udzielenie należycie poinformowanej zgody.

2. Sposób wykonania obowiązku informacyjnego

O ile nie są spełnione przesłanki do zwolnienia określone w art. 173 ust. 3 Pt, to wstępnym warunkiem przechowywania i uzyskiwania dostępu do informacji zawartej w cookies jest wykonanie obowiązku informacyjnego w stosunku do dysponenta urządzenia. Pierwszą konieczną czynnością jest przekazanie informacji, następnie należy uzyskać zgodę, a dopiero po wykonaniu tych czynności można posłużyć się cookies²⁸. Kolejność ta nie jest jednak w niektórych przypadkach oczywista. Niewątpliwie jest natomiast, że dostawca powinien być w stanie udokumentować kolejność poszczególnych czynności i zdarzeń.

W świetle art. 173 ust. 1 pkt 1 Pt informacja powinna być przekazana uprzednio i bezpośrednio w sposób jednoznaczny, łatwy i zrozumiały. Informacja powinna być przekazana uprzednio²⁹, czyli przed rozpoczęciem przechowywania, tak aby stworzyć użytkownikowi właściwe warunki do podjęcia decyzji o korzystaniu z usługi, z którą wiąże się przechowywanie informacji w jego urządzeniu³⁰. Z kolei zgoda powinna być udzielona „po otrzymaniu informacji”. Wymóg przekazania informacji przed uzyskaniem zgody nie budzi wątpliwości w przypadku uzyskiwania zgody w drodze specjalnego oświadczenia woli użytkownika. Jeżeli zgoda wyrażana jest poprzez odpowiednie ustawienia przeglądarki, to czynności konfigurowania przeglądarki, na które dostawca usługi nie ma wpływu, mogą poprzedzać wykonanie obowiązku informacyjnego przez dostawcę w stosunku do konkretnego użytkownika usługi. W takim przypadku zamieszczenie informacji o cookies w regulaminie usługi lub polityce prywatności można uznać za „uprzednie” wykonanie obowiązku przekazania informacji, która jednak powinna się pojawiać również w momencie wejścia przez użytkownika na stronę usługi internetowej.

Informacja powinna być przekazana bezpośrednio, choć brakuje takiego wymogu w dyrektywie. Podmiot stosujący cookies powinien przekazać informację użytkownikowi urządzenia, nie jest wystarczające publiczne ogłoszenie tej informacji. D. Karwala wypowiada się za interpretacją tego wymogu w taki sposób, iż przekazanie informacji powinno nastąpić za pomocą urządzenia wykorzystywanego do korzystania z usługi³¹. Informacja powinna być jednoznaczna. Powinna wyraźnie wskazywać, że w pamięci urządzenia zostanie zapisana informacja pochodząca od dostawcy usługi, nad której treścią i wykorzystaniem użytkownik nie będzie miał kontroli. Sposób informowania powinien być łatwy i zrozumiały, co oznacza, że powinien zakładać przeciętną znajomość zasad

²⁸ Konieczność zachowania tej kolejności podkreśla Grupa Robocza w: *Opinion 2/2010 on online...*, s. 13; zob. również G. Karp, *Privacy protection...*, s. 220.

²⁹ Dyrektywa wymaga, aby nastąpiło to po otrzymaniu informacji.

³⁰ Wymóg przekazania informacji przed rozpoczęciem stosowania cookies uzasadnia D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania...*, s. 16.

³¹ D. Karwala, *Nowe zasady przechowywania...*, s. 18.

funkcjonowania cookies po stronie odbiorcy informacji. Nie można przy przekazywaniu informacji posługiwać się specjalistycznym językiem technicznym lub zakładać posiadania specjalnego wykształcenia lub doświadczenia przez użytkownika. Należy zatem przy doborze sformułowań posługiwać się miarą przeciętnego użytkownika, który nie posiada wiedzy specjalnej dotyczącej sposobu funkcjonowania urządzeń teleinformatycznych i usług internetowych.

Interpretację wymagań informacyjnych ułatwiają dokumenty Grupy Roboczej³² oraz stanowiska publikowane przez organy regulacyjne w poszczególnych państwach³³. W Polsce takie urzędowe stanowisko dotyczące cookies nie zostało dotychczas opracowane.

Grupa Robocza postuluje, aby informacja była umieszczana na stronie, na której użytkownik rozpoczyna sesję korzystania z usługi (strona startowa). Można w tym celu zastosować ekran powitalny wyświetlany na otwieranej stronie, banner, okno dialogowe, wyraźnie wyróżniające się od pozostałej treści strony startowej. Informacja podstawowa może być wyświetlana w sposób trwały, przez pewien czas umożliwiający zapoznanie się z tekstem albo do pierwszej czynności użytkownika podjętej po wyświetleniu informacji³⁴. Początkowa, ogólna informacja o stosowaniu cookies powinna odsyłać użytkownika do specjalnego adresu, dostępnego w łatwy sposób (np. poprzez hyperlink), pod którym dostępna jest pełna informacja o cookies³⁵. Informacja pełna powinna obejmować cel poszczególnych rodzajów cookies, wskazywać ich dysponenta, w szczególności podmioty inne niż dostawca usługi (cookies stron trzecich). Informacja powinna określać okres przechowywania oraz typowe stany cookies (*typical values*). Informacja może zawierać także inne dane techniczne istotne dla wypełnienia obowiązku przekazania pełnej informacji użytkownikowi³⁶. Informacja powinna wskazywać jak użytkownik może zaakceptować wszystkie lub poszczególne rodzaje cookies albo odmówić takiej zgody, a także w jaki sposób może zmienić swoją decyzję w przyszłości.

Informacja powinna wskazywać możliwość określenia przez abonenta lub użytkownika końcowego warunków przechowywania i dostępu za pomocą oprogramowania urządzenia końcowego lub konfiguracji usługi. Informacja dotycząca wyrażania zgody poprzez ustawienia oprogramowania (przeglądarki) powinna uwzględniać wszystkie popularne rodzaje takiego oprogramowania i może posługiwać się odesłaniami do stron dostawców takiego oprogramowania. Informacja ta powinna zapewniać użytkownikowi urządzenia możliwość podjęcia decyzji o tym, w jakim zakresie i w jaki sposób zamierza wpływać na przechowywanie i dostęp do informacji. Z przepisu nie wynika minimalny zakres warunków, jakie należy stworzyć użytkownikowi urządzenia. Wymagane jest jedynie spełnienie obowiązku informacyjnego. Usługodawca może powiązać zakres możliwego wpływu użytkownika urządzenia na cookies w jego urządzeniu z funkcjonalnością oferowanych usług. Działania użytkownika urządzenia mogą polegać na ustanowieniu odpowiednich ograniczeń w oprogramowaniu urządzenia, wybraniu odpowiednich opcji dotyczących sposobu korzystania z usługi lub złożeniu odpowiedniego oświadczenia woli dostawcy usługi.

³² Dokument roboczy 2/2013 przedstawiający wytyczne w sprawie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie, 2 października 2013, WP 208.

³³ Zob. przegląd tych stanowisk: B. Davidson, *EU cookies issues alive and well*. Pozyskano z: <http://privacylawblog.fieldfisher.com/2014/eu-cookie-issues-alive-and-well>; włoski regulator ds. ochrony danych osobowych: Garante: Simplified Arrangements to Provide Information and Obtain Consent Regarding Cookies, 8 maja 2014. Pozyskano z: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3167654>; brytyjski regulator: Information Commissioner's Office, Guidance on the rules...

³⁴ Zob. na temat sposobów prezentowania informacji początkowej: Cookie Sweep Combined..., s. 17.

³⁵ Dokument roboczy 2/2013..., s. 4, podobnie: Garante: Simplified Arrangements..., s. 3.

³⁶ Dokument roboczy 2/2013..., s. 4.

Grupa Robocza zaleca przekazywanie informacji w sposób łatwo dostępny dla użytkownika, usytuowanie jej w widoczny sposób, bez ukrywania jej w regulaminie świadczenia usługi lub w polityce prywatności³⁷. Może to jednak następować w różny sposób, z wykorzystaniem rozmaitych technik. Dopuszcza się warstwową (*layered*) organizację informacji dla użytkownika, polegającą na kolejnych odesłaniach do coraz bardziej szczegółowych informacji. Ze względu na to, że zgoda jest udzielana jednorazowo, a informacja z cookies jest wykorzystywana przez długi okres, Grupa Robocza postuluje przekazywanie informacji o stosowaniu cookies okresowo. Opowiada się także za opracowaniem ikony powiązanej z odpowiednimi informacjami, sygnalizującej przetwarzanie cookies w celu dostosowania reklam do profilu użytkownika. Brytyjski organ ds. ochrony danych dodaje, że sposób przekazania informacji powinien uwzględniać profil użytkowników korzystających z danej usługi oraz charakter strony³⁸.

Szczegółne wymagania dotyczą przekazywania informacji o wykorzystywaniu cookies w celach reklamowych, gdyż nie mają one związku z usługą telekomunikacyjną lub usługą internetową. Grupa Robocza wymaga, aby informacja wskazywała dostawcę usług reklamowych i cel przetwarzania informacji zawartych w cookies oraz fakt przetwarzania takich informacji związanych z odwiedzinami innych stron. Zaleca się proste wyjaśnienie celu polegającego na wykorzystaniu cookies do tworzenia profili przeznaczonych do indywidualizacji przekazów reklamowych.

VI. Uzyskanie zgody

1. Podmiot udzielający zgody

Podmiotem udzielającym zgody jest w świetle art. 5 ust. 3 dyrektywy oraz art. 173 ust. 1 PT abonent lub użytkownik końcowy, a zatem albo podmiot, który jest stroną umowy dotyczącej usługi, albo faktyczny jej użytkownik. Dostawca usługi internetowej lub reklamowej nie ma możliwości ustalenia, który z podmiotów podejmuje działania związane z wyrażeniem zgody, a zatem powinien w jednakowy sposób traktować każdą zgodę. Po stronie podmiotów korzystających z usług mogą występować różne sytuacje w zakresie faktycznych możliwości wyrażania zgody, np. w przypadku urządzenia udostępnionego pracownikowi przez pracodawcę, który pełni funkcję administratora oprogramowania zainstalowanego w tym urządzeniu.

W przypadku zgód uzyskiwanych od dzieci w odniesieniu do cookies wykorzystywanych do wspomagania reklamy, Grupa Robocza postuluje informowanie rodziców o zasadach zbierania zgód użytkowników i podejmowanie działań w celu uzyskania zgody rodziców na wykorzystanie cookies w stosunku do dzieci będących użytkownikami. Ze względu na praktyczne trudności związane z identyfikacją użytkownika postuluje się, aby nie wykorzystywano w mechanizmie cookies kategorii zainteresowań przeznaczonych do wpływania na zachowanie dzieci³⁹.

2. Wymagania dotyczące uzyskania zgody

Przepisy art. 173 ust. 1 Pt stanowią, że abonent lub użytkownik końcowy, po otrzymaniu informacji, może wyrazić zgodę na przechowywanie i korzystanie z dostępu do informacji umieszczonej w jego urządzeniu końcowym. Do takiej zgody, którą można określić jako zgodę

³⁷ Opinion 2/2010 on online..., s. 18.

³⁸ Guidance on the rules..., s. 8.

³⁹ Opinion 2/2010 on online..., s. 17.

„klasyczną”⁴⁰ stosuje się przepisy art. 174 Pt określające ogólne warunki udzielania zgody przez abonenta lub użytkownika końcowego. Ponadto, przepis art. 173 ust. 2 Pt przewiduje szczególną formę wyrażania zgody za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi.

Praktyka uzyskiwania zgód w poszczególnych państwach członkowskich jest mocno zróżnicowana, a u podstaw tego zróżnicowania leżą odmienności w sposobie implementacji art. 5 ust. 3 dyrektywy oraz podejściu krajowych regulatorów do tej sprawy. Przepisy unijne i krajowe nie określają jednoznacznie sposobu uzyskiwania zgody, raczej koncentrują się na tym czego należy unikać i dość ogólnych wskazówkach co do działania przedsiębiorcy zobowiązanego do uzyskania zgody.

Dokument Grupy Roboczej z października 2013 r. zmierza do opisanie praktyki, która w każdym państwie członkowskim zapewniałaby skuteczne uzyskanie zgody na stosowanie cookies⁴¹. Zawiera on analizę art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE co do sposobu uzyskiwania zgody określonego w dyrektywie 95/46/WE (art. 2 lit h dyrektywy), który został dodatkowo wyjaśniony w motywie 17 dyrektywy 2002/58/WE. Zgodnie tym wyjaśnieniem zgoda może być udzielona w jakikolwiek sposób umożliwiający swobodne i świadome wyrażenie woli użytkownika, włączając zaznaczenie okna wyboru podczas przeglądania witryny internetowej. Na gruncie obecnego stanu prawnego wykształciły się w państwach członkowskich UE dwa podejścia, z których pierwsze, najczęściej praktykowane polega na akceptowaniu zgody wyведzionej z czynności podjętych przez użytkownika po otrzymaniu informacji o stosowaniu cookies, o ile nie są to czynności zmierzające do wyeliminowania lub ograniczenia cookies. Drugie podejście, występujące m.in. w Niemczech, Austrii i Portugalii wymaga wyraźnej zgody użytkownika.

W prawie krajowym do uzyskiwania zgody z sposób standardowy stosuje się ogólne reguły wynikające z art. 174 Pt. Zgoda taka nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści, może być wyrażona drogą elektroniczną, pod warunkiem jej utrwalenia i potwierdzenia przez użytkownika, a także może być wycofana w każdym czasie, w sposób prosty i wolny od opłat⁴². Zgoda wyrażona drogą elektroniczną stanowi inną formę zgody niż zgoda wyrażona poprzez ustawienia przeglądarki lub konfigurację usługi. Nie wszystkie wymagania wynikające z art. 174 Pt będą miały zastosowanie do zgody wyrażonej poprzez ustawienia oprogramowania (przeglądarki) lub konfigurację usługi, ale pominięcie tych wymagań powinno następować tylko w przypadku oczywistego wyłączenia przepisem art. 173 ust. 2 Pt jako przepisem szczególnym⁴³.

Zgoda może być udzielona należycie dopiero po przekazaniu informacji, a cookies mogą być zastosowane po udzieleniu zgody. Jednak niektórzy regulatorzy krajowi dostrzegają nieuchronność przesłania cookies do urządzenia użytkownika równocześnie z wejściem przez niego na stronę usługi, co oznacza, że dostawca posługuje się tą technologią przed uzyskaniem zgody. Zaleca się w takim przypadku podejmowanie wszelkich możliwych działań ograniczających okres pomiędzy

⁴⁰ G. Karp, *Protection of privacy...*, s. 219.

⁴¹ Dokument roboczy 2/2013...

⁴² W sprawie poszczególnych wymagań zob. uwagi do art. 174 Pt zob. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 1018 i n.; K. Kawatek, w: K. Kawatek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 893 i nast.

⁴³ Zob. G. Karp, *Privacy protection...*, s. 221.

przesłaniem cookies a przekazaniem informacji i zapewnieniem użytkownikowi możliwości podjęcia decyzji w sprawie cookies⁴⁴.

Dyskusyjna jest kwestia dotycząca przejawu woli, który można uznać za wyrażenie zgody. Niewątpliwie musi się on wyrażać działaniem użytkownika. Na gruncie dyrektywy formułuje się wymóg pozytywnego działania lub innej aktywności w celu udzielenia zgody, natomiast art. 174 Pt zakazuje zgody domniemanej lub dorozumianej. Wymóg aktywnego działania jest oczywiście spełniony, gdy użytkownik klika w miejscu do tego przeznaczonym, odznacza opcję w oknie dialogowym. Oznacza to jednak udzielenie wyraźnej zgody. Na gruncie dyrektywy i prawa krajowego dopuszcza się jednak również podjęcie innego aktywnego działania, które wyraża intencję użytkownika co do akceptacji cookies. Przyjmuje się, iż zgoda została wyrażona, jeżeli po przekazaniu ogólnej informacji o stosowaniu cookies wskazującej, że rozpoczęcie korzystania z usługi oznaczać będzie udzielenie zgody na ich stosowanie, użytkownik podejmuje czynność związaną z wykorzystaniem usługi. W celu uniknięcia pomyłek wymaga się, aby obszar podejmowanego działania był zlokalizowany w pobliżu informacji na temat cookies, natomiast informacja opisująca jakie działania będzie uznane przez dostawcę za wyrażenie zgody była widoczna co najmniej do momentu podjęcia działania przez użytkownika. Tak udzieloną zgodę można określić jako zgodę pośrednią (*implied*)⁴⁵. Przejście użytkownika na stronę zawierającą szczegółowe informacje o rodzajach cookies nie może być traktowane jako wyrażenie zgody⁴⁶.

Możliwość wyrażenia zgody w sposób pośredni została wyraźnie potwierdzona przez niektórych regulatorów krajowych. Włoski regulator uznaje, że jakakolwiek czynność użytkownika zmierzająca do korzystania z usługi po wyświetleniu podstawowej informacji o stosowaniu cookies, umożliwiającej bliższe zainteresowanie się użytkownika tą sprawą, oznacza zgodę na stosowanie cookies⁴⁷. Brytyjski organ do spraw ochrony danych dopuszcza zgodę domniemaną (*implied consent*) wyprowadzoną z różnych czynności, takich jak wejście na stronę lub kliknięcie⁴⁸. Podkreśla natomiast, że również w przypadku zgody domniemanej powinny być zachowane wymogi co do dobrowolności zgody (*freely given*), jej konkretności (*specific*) i spełnienia wymogu przekazania informacji (*informed*). Kluczowe znaczenie ma zatem świadomość skutków czynności podejmowanej przez użytkownika, którą trudno byłoby osiągnąć gdyby dostawca usługi nie podjął żadnego działania w celu uświadomienia użytkownikowi faktu wykorzystywania cookies. Przejawy woli użytkownika dotyczące wyłącznie skorzystania z usługi nie są wystarczające dla domniemania zgody, konieczne są przejawy woli dotyczące akceptacji przechowywania cookies w urządzeniu użytkownika. To zaś w przypadku zgody pośredniej można osiągnąć tylko poprzez odpowiednie działania informacyjne w stosunku do użytkownika, w świetle których można dopiero interpretować jego czynności związane z rozpoczęciem korzystania z usługi. Podobny pogląd wyraża również w odniesieniu do art. 173 Pt GIODO, który łącznie ocenia, że w sprawie sposobu wyrażania zgody zastosowano rozwiązanie faktycznie zbliżone do modelu *opt-out*, który jest szczególnie uzasadniony w odniesieniu do cookies sesyjnych⁴⁹. Wprowadzenie wymogu

⁴⁴ Guidance on the rules..., s. 6.

⁴⁵ Proponuje się również określenie takiego sposobu udzielania zgody jako modelu „niestandardowego”; zob. G. Karp, *Privacy protection...*, s. 219.

⁴⁶ Dokument roboczy 2/2013..., s. 6.

⁴⁷ Garante, *Simplified Arrangements...*, s. 3.

⁴⁸ Guidance on the rules..., s. 7.

⁴⁹ Por. odmienną ocenę całości rozwiązania zastosowanego w Polsce; zob. G. Karp, *Privacy protection...*, s. 218.

uzyskiwania wyraźnej zgody w odniesieniu do tej kategorii cookies prowadziłyby do zniechęcenia użytkownika do idei prywatności⁵⁰.

Dopuszczenie wyrażenia zgody poprzez ustawienia przeglądarki nie oznacza wyjątku od obowiązku uzyskania zgody. Legalizuje jedynie taki sposób wyrażenia zgody, który o ile jest możliwy ze względów technicznych i skuteczny, to również spełnia wymaganie udzielenia jednoznacznej zgody na stosowanie cookies⁵¹. W związku z udzielaniem zgody poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi powstaje zagadnienie, na ile konieczne są w tym zakresie konkretne działania użytkownika, w szczególności czy wystarczające będzie wykorzystanie ustawień domyślnych. Abonent lub użytkownik końcowy może bowiem podjąć decyzję co do wyrażenia zgody poprzez dokonanie odpowiednich ustawień, umożliwiających przetwarzanie danych na akceptowalnym dla niego poziomie, ale może również pozostawić ustawienia na domyślnym poziomie, określonym przez dostawcę oprogramowania lub usługi. Stanowiska w tej sprawie są zróżnicowane⁵², choć jednolicie wymaga się przekazania użytkownikowi przez dostawcę usługi internetowej informacji o różnych rodzajach oprogramowania, które może być wykorzystane do przesądzenia sprawy cookies. Informacja powinna dotyczyć tego oprogramowania, które wykorzystuje użytkownik, ale może być ona częścią informacji o oprogramowaniu innych dostawców występującym na rynku. Przepis art. 173 ust. 2 Pt stanowi, że zgoda może być wyrażona za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym przez niego telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub konfiguracji usługi, co nie wskazuje na wymóg aktywnego, czynnego oddziaływania użytkownika to ustawienie lub konfigurację.

Dalej idące wymagania dotyczące wyrażania zgody poprzez ustawienia przeglądarki formułuje się w odniesieniu do cookies pochodzących od stron trzecich. Grupa Robocza uznaje, że nie jest równoznaczny z taką zgodą sam fakt korzystania przez użytkownika z przeglądarki z domyślnymi ustawieniami, umożliwiającymi instalowanie cookies stron trzecich. Grupa Robocza zaapelowała w swojej opinii, aby konstrukcja przeglądarki zapewniała domyślnie ochronę prywatności, blokując instalowanie i wykorzystywanie cookies pochodzących od stron trzecich. Wyszukiwarka powinna przy instalacji i aktualizowaniu wymagać podjęcia przez użytkownika decyzji dotyczących prywatności w sprawach cookies. Jeżeli użytkownik stosuje oprogramowanie domyślnie ustawione w sposób akceptujący cookies stron trzecich, to stan taki uniemożliwia przyjęcie, iż zgoda została prawidłowo udzielona⁵³. Generalnie, zdaniem Grupy Roboczej możliwość wyrażenia skutecznej zgody dotyczącej cookies stron trzecich poprzez ustawienia przeglądarki jest ograniczona do bardzo nielicznych przypadków⁵⁴.

Nie ulega wątpliwości, że poprzez ustawienia oprogramowania lub konfigurację usługi można również odmówić udzielenia zgody. Wprawdzie przepis art. 172 ust. 2 Pt mówi tylko o wyrażeniu zgody za pomocą konfiguracji lub ustawień, ale określone wybory dotyczące ustawień przeglądarki lub konfiguracji usługi mogą oznaczać odmowę wyrażenia zgody na stosowanie cookies.

⁵⁰ B. Marek, *Rozmowa z dr Wojciechem Wiewiórowskim Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych*, „Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review” 2013, nr 1, s. 50.

⁵¹ *Opinion 2/2010 on online...*, s. 13.

⁵² Por. pozytywne stanowisko D. Karwali, *Nowe zasady przechowywania...*, s. 17.

⁵³ *Opinion 2/2010 on online...*, s. 14.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 23.

Mechanizm rozstrzygania przez użytkownika urządzenia o sprawach cookies powinien umożliwiać różne pozytywne i negatywne decyzje. Użytkownikowi należy zapewnić wolny wybór polegający na wyrażeniu zgody na wszystkie rodzaje cookies, tylko niektóre z nich albo na odmowę przyjmowania cookies. Odmowa nie powinna uniemożliwiać korzystania z usługi, choć może ograniczyć jej funkcjonalność. Nie blokuje ona bowiem możliwości instalowania i korzystania z cookies bezwzględnie koniecznych do świadczenia usługi (np. niektórych cookies sesyjnych). Niedopuszczalne jest generalne uzależnienie dostępu do usługi internetowej od zgody na instalowanie wszelkich cookies. Grupa Robocza wyprowadza taki zakaz z motywu 25 dyrektywy 2002/58/WE, który dopuszcza uzależnienie dostępu „do niektórych treści zamieszczonych na stronach internetowych” od udzielenia zgody⁵⁵.

Z art. 174 pkt 3 Pt wynika, że zgoda może być wycofana w każdym czasie. Dlatego szczegółowa informacja o sposobie wycofywania zgody powinna być łatwo dostępna na stronie usługi (np. poprzez hyperlink). Dotyczy to również zgody udzielonej za pomocą ustawień oprogramowania lub konfiguracji usługi. Wycofanie zgody wymaga zmiany ustawień przez użytkownika oprogramowania lub usługi. W literaturze wskazuje się, że Flash cookies mogą się cechować odpornością na próby usuwania ich z urządzeń przez użytkowników i nie zawsze uwzględniają wybory użytkowników dotyczące instalowania cookies w urządzeniu⁵⁶.

Przepisy art. 173 Pt nie precyzują skutków wycofania zgody. Niewątpliwie z faktu wycofania zgody wynika zakaz umieszczania i korzystania z danych w przyszłości. Ponadto usługodawca nie może korzystać z danych umieszczonych wcześniej w urządzeniu użytkownika. W przypadku, gdy zgoda jest wyrażana w sposób określony w art. 173 ust. 2 Pt, wówczas po wycofaniu zgody w formie zmiany ustawień oprogramowania lub konfiguracji usługi użytkownik urządzenia musi samodzielnie usunąć cookies przechowywane w urządzeniu.

Dokonanie czynności informacyjnych i wykazanie okoliczności pozwalających na przyjęcie, że użytkownik wyraził zgodę powinno być udokumentowane przez dostawcę usługi internetowej. Przepis art. 174 pkt 2 Pt wymaga, aby zgoda wyrażona drogą elektroniczną była utrwalona.

3. Zakres udzielonej zgody

Istotną kwestią jest zakres czasowy zgody udzielonej w sprawach cookies. Motyw 25 dyrektywy 2002/58/WE stanowi, że informacja i prawo do odmowy mogą być oferowane jednorazowo w czasie tego samego połączenia oraz mogą obejmować wszelkie dalsze korzystanie z tych narzędzi w trakcie kolejnych połączeń. Zgoda udzielona na początku sesji może zatem objąć wszystkie cookies przesłane do urządzenia użytkownika w czasie tej sesji, ale także wszystkie przypadki wykorzystania cookies podczas kolejnych połączeń ze stronami, które mogą odczytywać treść cookies. Zgoda obejmuje zatem wszelkie przyszłe wykorzystanie cookies przez cały okres ich pozostawania w urządzeniu użytkownika. Ani z dyrektywy, ani z przepisów krajowych nie wynika jakiegokolwiek termin ograniczający dozwolony okres przetwarzania cookies.

W przypadku cookies jednosesyjnych wymagających zgody, problem okresu ich wykorzystywania rozwiązuje się samoistnie wraz z opuszczeniem strony, zamknięciem przeglądarki lub innym podobnym działaniem. Cookies sesyjne nie wymagające zgody muszą być usunięte w tym samym

⁵⁵ Dokument roboczy 2/2013..., s. 7.

⁵⁶ A. Soltani, S. Canty, Q. Mayo, L. Thomas, C.J. Hoofnagle, *Flash Cookies and Privacy*, August 10, 2009. Pozyskano z: <http://ssrn.com/abstract=1446862> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862>.

momencie. Okres przetwarzania cookies jest szczególnie istotny w przypadku cookies służących do prowadzenia działalności reklamowej, profilowania użytkowników i podobnych działań stron trzecich. Grupa Robocza proponuje, aby okres zgody na takie działania nie przekraczał jednego roku. Ponieważ nie da się tego postulatu zrealizować poprzez ograniczenie możliwości wyrażenia zgody na dłuższy okres, należałoby to osiągnąć poprzez jednostronne działanie dostawców usług stosujących cookies⁵⁷. Dostawca usług reklamowych powinien wykazać odpowiednie uzasadnienie dla przyjętego okresu przechowywania cookies w urządzeniach końcowych użytkownika.

Zgoda użytkownika dotyczy przechowywania i dostępu do informacji, ale te dwie czynności nie muszą występować jednocześnie, w ramach tej samej sesji, a nawet nie muszą w ogóle występować łącznie. Informacja może być przechowywana przez jeden podmiot, a wykorzystywana przez inny. Informacja znajdująca się w urządzeniu, jak w przypadku technik identyfikowania urządzeń, może być jedynie wykorzystywana przez dostawcę usług reklamowych, co również objęte jest obowiązkiem przekazania informacji i uzyskania zgody. Sam fakt, iż podmiot korzystający z informacji nie przesłał jej do urządzenia nie zwalnia go z tych obowiązków.

VII. Zwolnienie z obowiązku informacyjnego i uzyskania zgody

W świetle przepisów art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE oraz art. 173 ust. 2 Pt można wskazać trzy okoliczności, których wystąpienie zwalnia dysponenta cookies z obowiązku informacyjnego i wymogu uzyskania zgody użytkownika urządzenia końcowego. Pierwsza z tych okoliczności polega na stosowaniu cookies jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu poprzez sieć łączności elektronicznej (telekomunikacyjną). Ta okoliczność dotyczyć może każdego podmiotu, który zapewnia taką transmisję, w tym również podmiotu, który nie świadczy usług telekomunikacyjnych. Ze sformułowania tego warunku wynika, że skorzystanie z wyłączenia jest możliwe tylko wtedy, kiedy wykonanie transmisji nie jest możliwe bez korzystania z cookies. Nie wystarcza ułatwienie, przyspieszenie lub wsparcie transmisji⁵⁸. Wniosek ten potwierdza porównanie wcześniejszej i obecnej wersji art. 5 ust. 3 dyrektywy, z którego wynika, iż z wcześniejszej wersji usunięto fragment dotyczący „ułatwiania” (*facilitation*) transmisji komunikatów. Konieczność korzystania z cookies przy transmisji komunikatu w sieci może w szczególności wystąpić wówczas, gdy korzystanie z tej technologii jest niezbędne do oznaczenia zakończeń sieci, pomiędzy którymi następuje przesłanie komunikatu, wyznaczenia drogi transmisyjnej, zapewnienia odpowiedniej kolejności przesyłania pakietów i eliminowania błędów transmisyjnych lub utraty danych⁵⁹.

Tylko w prawie krajowym sformułowano drugą przesłankę zwalniającą z wykonania obowiązków, jaką jest konieczność korzystania z cookies w celu dostarczenia usługi telekomunikacyjnej. Wydaje się, że to zwolnienie jest mutacją warunku dotyczącego transmisji komunikatów, co jest istotą usługi telekomunikacyjnej. O ile transmisja komunikatów może być podejmowana przez podmioty o różnym statusie, o tyle dostarczanie usług telekomunikacyjnych należy do przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Trzecie wyłączenie dotyczy wykonania usługi społeczeństwa informacyjnego (usługi świadczonej drogą elektroniczną). Pomiedzy sformułowaniami unijnymi i krajowymi dotyczącymi tego

⁵⁷ Opinion 2/2010 on online..., s. 20.

⁵⁸ Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, WP 194, 7 June 2012, s. 3.

⁵⁹ Ibidem, s. 3.

zwolnienia występują pewne różnice. Usługa powinna być wyraźnie zamówiona (żądana) przez abonenta lub faktycznego użytkownika, w sytuacji gdy wykorzystanie cookies jest ściśle niezbędne (konieczne) do jej wykonania. Spełnione muszą być łącznie obydwa warunki. Musi w tym zakresie występować bezpośrednia zależność pomiędzy wykonalnością usługi a wykorzystaniem cookies oraz wyraźne zamówienie usługi. Kwestię tę należy rozpatrywać odrębnie dla każdej funkcjonalności takiej usługi, z którą powiązane jest wykorzystanie cookies. Tylko funkcjonalności wyraźnie żądane przez użytkownika (np. możliwość dodawania komentarzy na stronie) uzasadniają wykorzystanie niezbędnych cookies bez spełnienia wymogu uzyskania zgody⁶⁰.

Wymóg konieczności stosowania cookies w celu wykonania usługi, sformułowany jest w dyrektywie w ostrzejszy sposób, gdyż wymaga ona aby było to „ściśle niezbędne”. Oznacza to, że cookies zwolnione z wymogu uzyskania zgody mogą być stosowane tylko w bezpośrednim związku z wykonywaniem usługi. Powinny zatem zostać usunięte, gdy tylko użytkownik przestaje z niej korzystać. Zakończenie okresu korzystania z usług jest łatwe do stwierdzenia w przypadku cookies sesyjnych, natomiast może być trudniejsze w przypadku cookies trwałych, gdyż nie wiadomo kiedy użytkownik zechce ponownie skorzystać z usługi. Ścisła niezbędność nie wystąpi, gdy cookies są jedynie przydatne do wykonania usługi, albo służą realizacji innego celu dostawcy usługi. Generalnie, ze zwolnienia łatwiej jest korzystać w przypadku wielu cookies sesyjnych, natomiast w przypadku cookies trwałych skorzystanie z wyłączenia będzie wymagało z reguły dokonania analizy funkcji realizowanych w konkretnym przypadku. „Konieczne” lub „ściśle niezbędne” są takie cookies, bez których korzystanie z usługi jest w ogóle niemożliwe, albo niemożliwe w wersji usługi zamówionej przez użytkownika lub z wykorzystaniem urządzenia, z którego korzysta. Ocena konieczności lub niezbędności następuje z perspektywy użytkownika usługi, a nie ze względu na realizację celów dostawcy usługi⁶¹. Przy ocenie możliwości korzystania z wyłączenia obowiązku uzyskania zgody należy badać cel oraz specyfikę umieszczania i przetwarzania cookies. Sama treść informacji zawartej w cookies może nie mieć znaczenia dla stosowania wyłączeń, gdyż cookies o tej samej zawartości informacyjnej mogą być wykorzystywane do różnych celów przez dysponenta. Cookies wykorzystywane do różnych celów powinny być rozpatrywane z uwzględnieniem tych różnic. O ile przechowywanie podstawowych ustawień usługi może korzystać z wyłączenia dotyczącego uzyskiwania zgody, o tyle wykorzystanie tej samej informacji do śledzenia aktywności użytkownika w sieci nie jest nim objęte.

Kierując się przeznaczeniem i sposobem wykorzystania cookies Grupa Robocza wyodrębniła kilka kategorii cookies ze względu na możliwość skorzystania z wyłączeń⁶². Pierwsza kategoria to cookies służące wiązaniu informacji przekazywanych przez użytkownika („*user-input cookies*”), z reguły o charakterze sesyjnym. Drugą grupę tworzą cookies identyfikujące w związku z zalogowaniem i dostępem do usługi przeznaczonej dla danego użytkownika, co pozwala na pominięcie każdorazowej identyfikacji za pomocą loginu i hasła. Istotne w tym przypadku jest jednak rozróżnienie dotyczące trwałości takiej identyfikacji. Jeżeli ma ona funkcjonować nie tylko w ramach jednej wizyty na stronie, ale przy każdej kolejnej wizycie, to wymagane jest uzyskanie zgody użytkownika, na przykład poprzez zaznaczenie opcji „zapamiętaj mnie”. Trzecią kategorię

⁶⁰ Ibidem, s. 4.

⁶¹ Ibidem, s. 12.

⁶² Ibidem, s. 6.

tworzą cookies zabezpieczające użytkownika, na przykład służące do blokowania powtarzających się nieprawidłowych logowań, które mogą korzystać ze zwolnienia, jeżeli funkcja zabezpieczająca została zamówiona przez użytkownika. Czwartym, powszechnie wykorzystywanym rodzajem to cookies multimedialne (*Flash cookies*) zapewniające odpowiedni sposób wyświetlenia treści, które mogą korzystać ze zwolnienia, o ile nie są wykorzystywane do innych celów. Piątą kategorię tworzą cookies zapewniające zrównoważenie obciążenia w ramach sesji internetowej obejmującej różne usługi wykorzystywane przez użytkownika (*load balancing cookies*). Są to cookies sesyjne, wyłączone z omawianych obowiązków, gdyż są niezbędne do prawidłowej transmisji komunikatów pomiędzy serwerami usługowymi a użytkownikiem. Szóstą kategorię tworzą cookies dostosowujące usługę do potrzeb użytkownika (*customization cookies*) w zakresie języka, sposobu porządkowania wyników wyszukiwania itp. Tego rodzaju cookies sesyjne powinny korzystać ze zwolnienia, natomiast trwałe wybory potwierdzone cookies na dłuższe okresy powinny być poprzedzone zgodą użytkownika dotyczącą zapamiętania ustawień użytkownika. Ostatnią kategorią cookies podlegającą wyłączeniom są cookies wykorzystywane przez wtyczki w usługach społecznościowych służące do udostępniania treści generowanych lub aprobowanych przez użytkownika („Lubię to”, „Udostępnij”, „Podziel się”). Cookies tego rodzaju umożliwiają identyfikację użytkowników usług społecznościowych w czasie korzystania przez nich z innych usług internetowych, pod warunkiem odpowiedniej konfiguracji usługi społecznościowej, którą można interpretować jako wyraźne zamówienie takiej usługi. Zwolnienie dotyczy jednak tylko zalogowanych użytkowników usługi społecznościowej, a nie użytkowników wylogowanych z usługi oraz innych użytkowników. W tych pozostałych przypadkach konieczna jest zgoda użytkownika⁶³. Zgoda taka jest również wymagana, jeżeli cookies współpracujące z wtyczkami społecznościowymi służą do celów innych niż udostępnianie treści, jak na przykład do śledzenia użytkownika korzystającego z różnych usług internetowych.

Wśród cookies niekwalifikujących się do zwolnienia dominują cookies pochodzące od stron trzecich. Cookies stron trzecich z reguły nie są konieczne do wykonania usługi świadczonej drogą elektroniczną, żądanej przez abonenta lub użytkownika. Realizują one bowiem cele odrębne – marketingowe, reklamowe oraz cele powiązane z nimi dotyczące częstotliwości prezentacji tych samych treści reklamowych użytkownikowi, wykrywania oszustw dotyczących liczby kliknięć, badania i analizy rynku, doskonalenia produktów i usuwania usterek oprogramowania, zapewnienia bezpieczeństwa korzystania z usług⁶⁴. Ze względu na te cele cookies mają z reguły charakter trwałe, co dodatkowo uniemożliwia zastosowanie wyłączenia od wymogu uzyskania zgody.

Również niektóre cele realizowane przez dostawcę usługi internetowej za pomocą cookies trudno byłoby uznać za konieczne do dostarczenia usługi świadczonej drogą elektroniczną, co uniemożliwia zastosowanie zwolnienia. Wykorzystanie narzędzi analitycznych opartych na cookies w celu prowadzenia statystyk przez dostawcę usługi internetowej nie jest objęte wyłączeniem dotyczącym wymogu uzyskania zgody, choć część tych celów, prowadząca do uzyskania zagregowanych danych statystycznych dotyczących korzystania z usługi niesie ze sobą niewielki potencjał zagrożeń dla prywatności użytkowników. Z tego względu coraz częściej postuluje się zwolnienie ich z obowiązku uzyskania zgody. Znacznie więcej takich rodzajów ryzyka jest związanych w cookies stron trzecich, które są wykorzystywane do analizy zachowań użytkowników usług na różnych stronach.

⁶³ Opinion 04/2012 on Cookie..., s. 9.

⁶⁴ Ibidem, s. 10.

W przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w art. 173 ust. 3 Pt usługodawca nie musi informować użytkownika usługi o przechowywaniu i korzystaniu z cookies ani uzyskiwać jego zgody. Ze względów praktycznych usługodawca może jednak poinformować użytkownika, że stosowanie zabezpieczeń przeciwdziałających przechowywaniu informacji w urządzeniu końcowym uniemożliwi korzystanie z usług. W przypadku usług odpłatnych uzasadnione jest uregulowanie tej sprawy w umowie. Przepis art. 6 pkt 2 uśude nakazuje usługodawcy świadczącemu usługi drogą elektroniczną zapewnić usługobiorcy dostęp do aktualnej informacji o funkcji i celu danych niebędących składnikiem treści usługi, wprowadzanych przez usługodawcę do systemu teleinformatycznego, którym posługuje się usługobiorca. Wydaje się, że jeżeli wprowadzenie informacji w postaci cookies do systemu teleinformatycznego (urządzenia końcowego) jest konieczne do wykonania usługi, to choć uprzednie przekazywanie informacji i uzyskiwanie zgody nie jest wymagane, wymóg zapewnienia dostępu do aktualnej informacji o cookies będzie miał zastosowanie.

Z omówionych wyżej przesłanek wynika, że w zasadzie tylko dostawcy usług telekomunikacyjnych i usług internetowych zamówionych przez użytkownika mogą skorzystać z wyłączenia dotyczącego obowiązku informacyjnego i uzyskiwania zgody. Przepisy art. 173 ust. 1–3 Pt mają natomiast zastosowanie również do cookies stron trzecich, przesyłanych przez serwer zainstalowany pod innym adresem sieciowym niż adres strony, którą odwiedza użytkownik. Podmioty trzecie nie mogą skorzystać z wyłączeń obowiązku uzyskania zgody przewidzianych w art. 173 ust. 3 Pt, gdyż nie są one dostawcami usług telekomunikacyjnych ani dostawcami usług świadczonych drogą elektroniczną. Dlatego w każdym przypadku instalowania i wykorzystywania cookies przez tzw. stronę trzecią, nie będącą dostawcą tych usług, konieczne jest poinformowanie użytkownika urządzenia o cookies i uzyskanie jego zgody.

VIII. Cookies a dane osobowe

Cookies, co do zasady nie zawierają danych pozwalających na identyfikację użytkownika urządzenia końcowego, na którym zostały zapisane, ale nie można wykluczyć uznania ich za dane osobowe w zależności od ich zawartości i sposobu wykorzystania. Umożliwiają one natomiast identyfikację urządzenia końcowego. Uznanie informacji zawartych w cookies za dane osobowe nasuwałoby szczególne wątpliwości w przypadkach, gdy z urządzenia korzystają różne osoby. Treść informacji zawartych w cookies jest na tyle zróżnicowana, że ogólna ocena dotycząca możliwości identyfikacji osoby fizycznej za pomocą cookies nie jest możliwa⁶⁵. W przypadku niektórych usług internetowych użytkownik podaje jednak dostawcy usługi swoje dane identyfikacyjne. Nie są one z reguły zapisywane w cookies, a jeżeli to następuje, wówczas są one kodowane w taki sposób, aby były dostępne tylko dla dostawcy usługi, a nie dla podmiotów trzecich. Mogą być one jednak zestawiane przez dostawcę usługi z informacjami uzyskiwanymi z cookies i wykorzystywane następnie do personalizowania komunikatów marketingowych kierowanych do użytkownika.

Grupa Robocza wskazuje, że w przypadku gdy informacje przetwarzane na podstawie cookies zostałyby uznane za dane osobowe, użytkownikowi należy zapewnić możliwość realizacji uprawnienia polegającego na prawie do dostępu do tych danych, ich poprawiania i usuwania. Jeżeli dostawca usług reklamowych nie ma możliwości identyfikacji użytkownika na podstawie tzw.

⁶⁵ A. Karpiński, *Pliki "cookies" w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych*, cz. II, „Edukacja Prawnicza” 2014, nr 2, s. 29.

twardych danych osobowych, istnieje możliwość odróżnienia tego użytkownika od innych użytkowników na podstawie unikalnego numeru cookie zainstalowanego w jego urządzeniu. Otwiera to możliwość występowania w sprawie skorygowania danych dotyczących kategorii zainteresowań reprezentowanych przez użytkownika⁶⁶.

Unijne i krajowe przepisy o ochronie danych osobowych zawierające ograniczenia w zakresie gromadzenia tzw. danych wrażliwych odnoszących się m.in. do pochodzenia rasowego lub etnicznego, poglądów politycznych, przekonań religijnych lub filozoficznych, przynależności wyznaniowej, partyjnej lub związkowej, jak również danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym. Dlatego przy stosowaniu cookies zaleca się niestosowanie kategorii zainteresowań odnoszących się do tych aspektów zachowań użytkowników, co powinno spowodować, iż nie będą one miały wpływu na profil użytkownika. Gdyby jednak dostawca usług reklamowych uwzględnił takie kategorie zainteresowań przy korzystaniu z cookies, wówczas konieczna byłaby odrębna, wyraźna i uprzednia zgoda świetle art. 8 ust. 2 lit a dyrektywy 95/46/WE, a w świetle art. 27 ust. 2 pkt 1 udo dodatkowo wyrażona na piśmie. Zgoda taka na pewno nie może być uzyskana w trybie *opt-out* ani poprzez ustawienia przeglądarki⁶⁷.

Jeżeli cookies są wykorzystywane do profilowania użytkowników w powiązaniu z danymi pozwalającymi na identyfikację użytkownika, to powstaje obowiązek zgłoszenia zbioru GODO.

IX. Egzekwowanie obowiązków dotyczących cookies

Dyrektywa 2002/58/WE nakazuje w art. 15a ust. 1, aby państwa członkowskie ustanowiły przepisy dotyczące kar, w stosownych przypadkach także sankcji karnych, mających zastosowanie w przypadku naruszeń krajowych przepisów przyjętych zgodnie z dyrektywą i aby podejmowały wszelkie niezbędne środki w celu ich wdrożenia. Przewidziane sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające oraz mogą być stosowane w odniesieniu do okresu, w którym występowało jakiegokolwiek naruszenie, nawet w przypadku gdy naruszenie to następnie naprawiono.

Ustawa – Prawo telekomunikacyjne zawiera szereg rozwiązań służących egzekwowaniu przepisów dotyczących cookies. Prezes UKE może w tych sprawach wykorzystywać przysługujące mu uprawnienia kontrolne, które nie są ograniczone do podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną (art. 199 Pt). Bardziej zróżnicowana sytuacja występuje w zakresie środków umożliwiających usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Zalecenia pokontrolne Prezes UKE może bowiem kierować na podstawie art. 201 ust. 1 Pt tylko do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, podmiotu dysponującego częstotliwościami lub numeracją albo jednostki samorządu terytorialnego prowadzącej działalność telekomunikacyjną. Nie wydaje się, aby możliwe było zastosowanie w sprawach cookies przepisów art. 202 Pt o eliminowaniu najpoważniejszych zagrożeń dla użytkowników końcowych, choć w tych przepisach ograniczenie kręgu podmiotów mogących być adresatami takich działań nie występuje.

Najpoważniejsze znaczenie dla zapobiegania naruszeniom i ich eliminowania powinny mieć przepisy o nakładaniu kar pieniężnych przez Prezesa UKE. Kary te mogą być nakładane na każdego, kto dopuszcza się naruszeń wymienionych w art. 209 ust. 1 Pt, a więc również na dostawców usług internetowych i reklamowych. Podstawy prawne nakładania kar pieniężnych są

⁶⁶ Opinion 2/2010 on online..., s. 21.

⁶⁷ Ibidem, s. 20.

zróżnicowane w zależności od rodzaju naruszenia. Naruszenie obowiązku przekazania informacji abonentom lub użytkownikom końcowym jest powodem do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 Pt. Z kolei naruszenie obowiązku uzyskania zgody podlega karze pieniężnej na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 25 Pt. Wreszcie samo przechowywanie informacji w urządzeniu końcowym abonentów lub użytkowników końcowych w sposób niezgodny z przepisami art. 173 Pt jest podstawą do nałożenia kary na gruncie art. 209 ust. 1 pkt 27 Pt. Nie brakuje zatem przepisów pozwalających nałożyć karę za każdy przejaw naruszenia obowiązków w zakresie posługiwania się cookies. Kary zgodnie z art. 210 ust. 1 Pt są nakładane w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Dotyczy to przychodu z całej działalności ukaranego podmiotu, a nie tylko z działalności związanej z wykorzystaniem cookies. Kary pieniężne mogą być nakładane również na osoby kierujące działalnością dostawców usług, ale tylko w odniesieniu do osób pełniących funkcje kierownicze w przedsiębiorstwa telekomunikacyjnych. Nie dotyczy to kierownictw podmiotów świadczących usługi internetowe lub prowadzących działalność reklamową w sieciach.

Bibliografia

- Acar Gunes, Eubank Christian, Englehardt Steven, Marc Juarez, Narayanan Arvind, Diaz Claudia. 2014. "The Web Never Forgets: Persistent Tracking Mechanisms in the Wild.": 674–689. Dostęp 30.09.2015. https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent/the_web_never_forgets.pdf.
- Brzozowska Monika. 2012. Ochrona danych osobowych w sieci. Wrocław. Wydawnictwo PRESSCOM.
- Chmielewski Sławomir. 2011. Tajemnica telekomunikacyjna i ochrona danych użytkowników końcowych. W Prawo telekomunikacyjne. Warszawa. Wolters Kluwer business.
- Davidson Brian. 2014., *EU cookies issues alive and well*. Dostęp 10.09.2015. <http://privacylawblog.fieldfisher.com/2014/eu-cookie-issues-alive-and-well>;
- Karp Gerard. 2013. "Privacy protection in the telecommunications sector – new rules of storing information in telecommunications terminal equipment". W Telecommunications Regulation in Poland. Centre for Antitrust and Regulatory Studies. University of Warsaw. Faculty of Management Press: 213–226.
- Karpiński Adam. 2014. „Pliki „cookies” w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych” cz. II. Edukacja Prawnicza 2014 (2): 26–31.
- Karpiński, Adam. 2014. „Pliki cookies w kontekście znowelizowanego Prawa telekomunikacyjnego oraz ochrony danych osobowych”, cz. I. Edukacja Prawnicza 2014(1): 21–25.
- Karwala Damian. 2013. „Nowe zasady przechowywania informacji w telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych (uwagi na temat znowelizowanego art. 173 PrTelekom)”. Monitor Prawniczy” 2013 (8): 15–22.
- Kawałek Krzysztof, Rogalski Maciej. 2010. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Warszawa. Wolters Kluwer Polska.
- Marek Beata. 2013. „Rozmowa z dr Wojciechem Wiewiórowskim Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych”. Przegląd Prawa Technologii Informatycznych. ICT Law Review. 2013(1): 50–58.
- Nihoul Paul, Rodford Peter. 2011. EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, Oxford. Oxford University Press.
- Piątek Stanisław. 2013. Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Warszawa. Wydawnictwo C.H. Beck.
- Soltani Askhan, Shannon Canty, Mayo Quentin, Thomas Lauren, Hoofnagle Chris Jay. 2009. "Flash Cookies and Privacy". Dostęp 05.09.2015. <http://ssrn.com/abstract=1446862> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1446862>.