



00879/12/PL
WP 194

**Opinia nr 04/2012 w sprawie wyłączenia zapisywania plików cookie spod
zasady pozyskiwania zgody**

Przyjęta dnia 7 czerwca 2012 r.

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 zapisano 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

GRUPA ROBOCZA DS. OCHRONY OSÓB FIZYCZNYCH W ZAKRESIE PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

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

uwzględniając art. 29 i 30 ust. 1 lit. a) i ust. 3 powyższej dyrektywy,

uwzględniając swój regulamin,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ OPINIĘ:

1 Wprowadzenie

Artykuł 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE zmienionej dyrektywą 2009/136/WE wzmocnił ochronę użytkowników sieci i usług łączności elektronicznej, wymagając pozyskania świadomej zgody zanim nastąpi przechowanie lub uzyskanie dostępu do informacji już przechowywanych w urządzeniu końcowym użytkownika (lub abonenta). Wymóg ten ma zastosowanie do wszystkich rodzajów informacji, które są przechowywane lub udostępniane w urządzeniu końcowym użytkownika, choć większa część dyskusji dotyczy wykorzystania plików cookie w rozumieniu definicji zawartej w RFC6265¹. Niniejsza opinia wyjaśnia, w jaki sposób zmieniony art. 5 ust. 3 wpływa na wykorzystanie plików cookie, przy czym pojęcie to nie wyklucza podobnych technologii.

Artykuł 5 ust. 3 pozwala na zwolnienie plików cookie z wymogu uzyskania świadomej zgody, jeśli spełniają one jedno z poniższych kryteriów:

KRYTERIUM A: plik cookie jest wykorzystywany „jedynie w celu wykonania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej”.

KRYTERIUM B: plik cookie jest „ściśle niezbędny w celu świadczenia usługi przez dostawcę usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika”.

Podczas gdy wymóg pozyskania świadomej zgody był już szczegółowo analizowany przez grupę roboczą w dwóch opiniach², niniejszy dokument ma dokonać analizy odstępstwa od tej zasady w odniesieniu do plików cookie i technologii pokrewnych.

Przeprowadzenie analizy nie narusza prawa do informacji i ostatecznego prawa sprzeciwu ustanowionych dyrektywą 95/46/WE, które mają zastosowanie do przetwarzania danych osobowych, niezależnie od tego, czy pliki cookie są wykorzystywane czy też nie.

¹ <http://tools.ietf.org/html/rfc6265>

² Opinia nr 2/2010 w sprawie internetowych reklam behawioralnych i Opinia 16/2011 w sprawie zaleceń EASA/IAB dotyczących najlepszych praktyk w internetowej reklamie behawioralnej.

2 Analiza

2.1 Kryterium A

Włączenie do KRYTERIUM A wyrażenia „jedynie w celu” w szczególny sposób ogranicza rodzaje przetwarzania, które mogą zostać zastosowane przy wykorzystaniu plików cookie, i nie pozostawia dużego pola do interpretacji. Samo wykorzystanie pliku cookie do ułatwienia, przyspieszenia lub regulowania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej nie jest wystarczające. Transmisja komunikatu nie może być możliwa bez wykorzystania pliku cookie. Należy zauważyć, że w pierwotnej wersji dyrektywy 2002/58/WE art. 5 ust. 3 zawierał już wyłączenie dla plików cookie wykorzystywanych „jedynie w celu wykonania lub ułatwienia transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej”. To samo brzmienie zastosowano w zmienionej dyrektywie, usuwając jednak słowa „lub ułatwienia”, co mogło być interpretowane jako dalsza wskazówka, że prawodawca europejski zamierza ograniczyć zakres wyłączenia dopuszczalnego na podstawie art. 5 ust. 3 w ramach KRYTERIUM A.

Przynajmniej trzy elementy można uważać za ściśle niezbędne, aby nastąpiła komunikacja między dwiema stronami za pośrednictwem sieci:

- 1) zdolność skierowania informacji za pośrednictwem sieci, w szczególności poprzez identyfikację końcowych punktów komunikacji,
- 2) zdolność wymiany danych w zamierzonej kolejności, w szczególności poprzez numerowanie pakietów danych,
- 3) zdolność wykrywania błędów w transmisji lub utraty danych.

Pojęcie „transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej” w ramach KRYTERIUM A, a zwłaszcza wyrażenie „za pośrednictwem”, odnosi się do każdego rodzaju wymiany danych, który odbywa się z udziałem sieci łączności elektronicznej (w rozumieniu dyrektywy 2002/21/WE), w tym danych na „poziomie aplikacji”, które posiadają przynajmniej jedną z wyżej wymienionych cech, bez ograniczenia do wymiany danych technicznych potrzebnych do ustanowienia samej sieci łączności elektronicznej.

Jako takie KRYTERIUM A obejmuje pliki cookie, które spełniają przynajmniej jeden z warunków określonych powyżej dla łączności internetowej.

2.2 Kryterium B

Podobnie brzmienie KRYTERIUM B sugeruje, że prawodawca europejski zamierzał dopilnować, aby kwalifikowanie się do wyłączenia wymagało spełnienia wysokich wymagań. Z bezpośredniej wykładni dyrektywy wynika, że plik cookie odpowiadający KRYTERIUM B musi równocześnie spełnić dwa następujące wymogi:

- 1) użytkownik wyraźnie zażądał usługi społeczeństwa informacyjnego: użytkownik (lub abonent) wykonał sam podjął działanie w celu zażądania usługi o jasno określonym zakresie,
- 2) plik cookie jest ściśle niezbędny do świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego: usługa nie będzie działać przy wyłączonej obsłudze plików cookie.

Ponadto motyw 66 dyrektywy 2009/136/WE stanowi, że „Wyjątki od obowiązku udzielania informacji i oferowania prawa do odmowy powinny być ograniczone do tych sytuacji, w których techniczne przechowywanie lub dostęp jest ściśle konieczny do realizacji zgodnego z prawem celu, jakim jest umożliwienie korzystania z określonej usługi, której abonent lub użytkownik wyraźnie zażądał.”. Innymi słowy, aby wyłączenie miało zastosowanie musi istnieć wyraźny związek pomiędzy ścisłą koniecznością użycia pliku cookie a dostawą usługi wyraźnie zażądanej przez użytkownika.

Nawet przy takiej wykładni dyrektywy do zdefiniowania pozostaje zakres „usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika”. Usługa społeczeństwa informacyjnego może składać się z wielu elementów, przy czym niektóre elementy nie są wykorzystywane przez wszystkich użytkowników, a niektóre są dostarczane zgodnie z określonymi potrzebami. Przykładowo gazeta internetowa może być bezpłatnie dostępna dla wszystkich, ale dodatkowe funkcje – np. możliwość zamieszczania komentarzy do artykułów – będą oferowane jedynie zalogowanym użytkownikom. Z kolei te dodatkowe funkcje mogą działać w oparciu o dodatkowe pliki cookie. W tym szczególnym kontekście grupa robocza uważa, że usługę społeczeństwa informacyjnego należy traktować jako sumę różnych funkcji, a zatem dokładny zakres takiej usługi może być różny w zależności od funkcji zażądanych przez użytkownika (lub abonenta).

W związku z tym można zmienić opis KRYTERIUM B pod względem „funkcji” dostarczanych w ramach usługi społeczeństwa informacyjnego. W tym kontekście plik cookie odpowiadający KRYTERIUM B musiałby spełnić następujące wymogi:

- 1) plik cookie jest konieczny do zaoferowania użytkownikowi (lub abonentowi) konkretnej funkcji: funkcja nie będzie dostępna przy wyłączonej obsłudze plików cookie.
- 2) użytkownik (lub abonent) wyraźnie zażądał tej funkcji, jako części usługi społeczeństwa informacyjnego.

2.3 Charakterystyka plików cookie

Pliki cookie klasyfikuje się często na podstawie następujących cech:

- 1) czy są one „sesyjnymi plikami cookie” (ang. *session cookies*) czy „trwałymi plikami cookie” (ang. *persistent cookies*),
- 2) czy są one „plikami cookie osób trzecich” (ang. *third party cookies*) czy też nie.

„Sesyjny plik cookie” to plik automatycznie usuwany po zamknięciu przeglądarki przez użytkownika, podczas gdy „trwały plik cookie” to plik zapamiętywany w urządzeniu końcowym użytkownika do upływu zdefiniowanego terminu ważności (mogą to być minuty, dni lub lata).

Pojęcie „pliku cookie osób trzecich” może być mylące:

- W kontekście europejskich przepisów o ochronie danych dyrektywa 95/46/WE definiuje osobę trzecią jako „osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ niebędący osobą, której dane dotyczą, ani administratorem danych, ani

przetwarzającym lub jedną z osób, które pod bezpośrednim zwierzchnictwem administratora danych lub przetwarzającego upoważnione są do przetwarzania danych”. „Plik cookie osób trzecich” stanowiłby zatem plik cookie utworzony przez administratora danych, który różni się od administratora obsługującego stronę internetową odwiedzaną przez użytkownika (określoną poprzez aktualny adres URL wyświetlany w pasku adresu przeglądarki).

- Jednak z perspektywy przeglądarki pojęcie „osoby trzeciej” jest zdefiniowane wyłącznie poprzez strukturę adresu URL wyświetlanego w pasku adresu przeglądarki. W tym przypadku „pliki cookie osób trzecich” to pliki cookie ustanawiane przez strony internetowe należące do domeny, która różni się od domeny strony internetowej odwiedzanej przez użytkownika wyświetlanej w pasku adresu przeglądarki, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest odrębnym administratorem danych czy też nie.

Te dwa podejścia często się pokrywają, ale nie zawsze są równoznaczne. Do celów niniejszej opinii skoncentrujemy się na pierwszym podejściu i będziemy używać pojęcia „plik cookie osób trzecich” do opisanego plików cookie utworzonych przez administratorów danych, którzy nie obsługują strony internetowej aktualnie odwiedzanej przez użytkownika. Pojęcie „plik cookie administratora” (ang. *first party cookie*) będzie natomiast stosowane w odniesieniu do pliku cookie utworzonego przez administratora danych (lub jednego z podległych mu podmiotów przetwarzających dane) obsługującego stronę internetową odwiedzaną przez użytkownika zgodnie z adresem URL, który jest zwykle wyświetlany w pasku adresu przeglądarki.

Określone cechy zostaną uwzględnione przy ocenie, czy plik cookie jest „ściśle niezbędny” do świadczenia usługi „wyraźnie zażądanej przez użytkownika” lub ogranicza się do „jedynie w celu” jak zapisano w KRYTERIUM A lub B.

Plik cookie wyłączony spod zasady pozyskania zgody powinien mieć żywotność pozostającą w bezpośrednim związku z celem, jakemu służy, i musi wygasać z chwilą, gdy przestaje być potrzebny, przy uwzględnieniu rozsądnych oczekiwań przeciętnego użytkownika lub abonenta. Sugeruje to, że pliki cookie odpowiadające KRYTERIOM A i B będą prawdopodobnie plikami wygasającymi z chwilą zakończenia sesji przeglądania lub nawet wcześniej. W rzeczywistości nie zawsze się tak dzieje. Przykładowo dla scenariusza koszyka na zakupy przedstawionego w sekcji poniżej sprzedający mógłby ustanowić plik cookie aktywny po zakończeniu sesji przeglądania lub przez kolejne kilka godzin, aby uwzględnić sytuację, w której użytkownik przypadkowo zamknie przeglądarkę i będzie zasadnie oczekiwał, że odzyska zawartość koszyka, gdy w ciągu następnych minut powróci na stronę internetową sprzedającego. W innych przypadkach użytkownik może zwrócić się z wyraźną prośbą, aby w ramach usługi zapamiętano niektóre informacje między jedną a drugą sesją, co wymaga użycia trwałych plików cookie.

Ponadto w myśl wcześniej przytoczonych definicji pliki cookie osób trzecich przeważnie nie są „ściśle niezbędne” dla użytkownika odwiedzającego stronę, gdyż zwykle odnoszą się do usługi innej niż ta, której użytkownik „wyraźnie zażądał”.

W związku z tym, jest bardziej prawdopodobne, że spod zasady pozyskania zgody wyłączone zostaną sesyjne pliki cookie administratora, nie zaś trwale³ pliki cookie osób trzecich. Podczas gdy te cechy mogą być pierwszą wskazówką dla ustalenia priorytetów w odniesieniu do działań na rzecz zachowania zgodności, nie są one same w sobie wystarczające do ustalenia, czy dany plik cookie odpowiada KRYTERIUM A lub B. Można sobie wyobrazić plik cookie wykorzystywany do uwierzytelniania użytkowników logujących się na stronie internetowej. Ten plik cookie ma zagwarantować, że użytkownik może mieć dostęp jedynie do treści, do których jest upoważniony. Podobny plik cookie może być stosowany do identyfikacji i śledzenia użytkowników w ramach domeny oraz dostarczania dostosowanych treści lub reklam opartych na profilu przechowywanym przez administratora strony internetowej. Oba pliki cookie mogą być podobne co do typu (tj. sesyjne lub trwałe), mieć podobny termin ważności lub faktycznie być kontrolowane przez osoby trzecie. Zagrożenie dla prawa do ochrony danych wynika raczej z celu(-ów) przetwarzania niż z informacji zawartych w pliku cookie.

Zatem do określenia, czy plik cookie może zostać wyłączony spod zasady pozyskania zgody zgodnie z KRYTERIUM A lub B, należy wykorzystać cele i sposób konkretnego wykonania lub przetworzenia.

2.4 Pliki cookie wykorzystywane do wielu celów (ang. multipurpose cookies)

Podczas gdy plik cookie można wykorzystać do różnych celów, może on być wyłączony spod zasady pozyskania zgody jedynie wtedy, gdy wszystkie odrębne cele, do których jest wykorzystywany, podlegają indywidualnie takiemu wyłączeniu.

Przykładowo można stworzyć plik cookie, który ma niepowtarzalną nazwę lub wartość; każda z tych właściwości może być wykorzystana do zapamiętania preferencji użytkownika lub do śledzenia jego zachowania. Zapamiętanie preferencji użytkownika można w określonych okolicznościach uznać za podlegające wyłączeniu (jak przedstawiono w sekcji 3.6), ale jest już bardzo mało prawdopodobne, by wymogi KRYTERIUM A lub B zostały spełnione przez śledzenie. Strona internetowa jako taka nadal musiałaby zabiegać o zgodę użytkownika na śledzenie jego zachowania. W praktyce powinno to zachęcić właścicieli stron internetowych do używania różnych plików cookie dla każdego z odrębnych celów.

Już w opinii nr 16/2012 grupa robocza zauważyła, że fakt, iż strona internetowa korzysta z wielu plików cookie lub plików cookie, które służą wielu celom, nie oznacza, że musi ona wyświetlać odrębny „banner” lub prośbę o wyrażenie zgody dla każdego pliku cookie lub każdego celu. Jeden jasny i zrozumiały komunikat służący kompleksowej informacji i pozyskaniu zgody jest w większości przypadków wystarczający.

3 Scenariusze wykorzystania plików cookie

W niniejszej sekcji zastosowano przeanalizowane wyżej kryteria wyłączenia spod zasady pozyskania zgody do różnych scenariuszy powszechnego wykorzystania plików cookie.

³ Niektóre z najnowszych technologii, często określane jako tzw. „ever-cookies” (zawsze istniejące pliki cookie) lub tzw. „zombie-cookies” (zawsze istniejące pliki cookie) umożliwiają plikom cookie trwałe pozostanie na urządzeniu końcowym użytkownika mimo należytych starań w celu ich usunięcia. Jest mało prawdopodobne, by takie pliki cookie zostały wyłączone spod zasady pozyskania zgody, niezależnie od scenariusza wykorzystania.

3.1 Pliki cookie z danymi wprowadzanymi przez użytkownika

Pojęcie plików cookie z danymi wprowadzanymi przez użytkownika (ang. *user input cookies*) może być używane jako termin ogólny do opisanie sesyjnych plików cookie stosowanych do obserwacji danych wprowadzanych przez użytkownika w ramach serii wiadomości wymienianych w spójny sposób z usługodawcą. Zgodnie z założeniami są to pliki cookie administratora polegające zazwyczaj na identyfikatorze sesji (losowy, tymczasowy, niepowtarzalny numer) i wygasające najpóźniej z chwilą zakończenia sesji.

Sesyjnych plików cookie administratora z danymi wprowadzanymi przez użytkownika używa się zwykle do obserwacji danych wprowadzanych przez użytkownika przy wypełnianiu formularzy *online* na kilku stronach lub w przypadku koszyka na zakupy – do zapamiętywania artykułów wybranych przez użytkownika poprzez kliknięcie na pole (np. „dodaj do koszyka”).

Takie pliki cookie są bezsprzecznie potrzebne do dostarczenia usługi informacyjnej wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Ponadto są one powiązane z działaniem użytkownika (takim jak kliknięcie na pole lub wypełnienie formularza). Pliki cookie w takiej formie podlegają wyłączeniu w ramach KRYTERIUM B.

3.2 Uwierzytelniające pliki cookie

Uwierzytelniające pliki cookie (ang. *authentication cookies*) są wykorzystywane do identyfikacji użytkownika z chwilą jego zalogowania (przykład: na stronie bankowości internetowej). Są one potrzebne, aby pozwolić użytkownikom na uwierzytelnianie podczas kolejnych wizyt na stronie internetowej i na uzyskiwanie dostępu do treści, do których są upoważnieni, takich jak saldo rachunku, transakcje, itd. Uwierzytelniające pliki cookie są zwykle plikami sesyjnymi. Możliwe jest również stosowanie trwałych plików cookie, ale, jak opisano poniżej, nie mogą być one traktowane jako identyczne.

Użytkownik podczas logowania wyraźnie żąda dostępu do treści lub funkcji, do których jest upoważniony. Bez korzystania z tokenu uwierzytelniającego zapamiętanego w pliku cookie użytkownik musiałby wprowadzać nazwę użytkownika/hasło na każdej otwieranej stronie. Zatem funkcja uwierzytelniająca stanowi istotną część usługi społeczeństwa informacyjnego, której użytkownik wyraźnie żąda. Te pliki cookie podlegają jako takie wyłączeniu w ramach KRYTERIUM B.

Należy jednak odnotować, że użytkownik zażądał dostępu jedynie do danej strony i szczególnej funkcji, aby wykonać czynność, która jest mu potrzebna. Uwierzytelnienie nie może być uznane za sposobność do wykorzystania pliku cookie bez pozyskania zgody do innych drugorzędnych celów, takich jak behawioralny monitoring lub reklama.

Trwałe pliki cookie używane do logowania, które zapamiętują token uwierzytelniający przez kolejne sesje przeglądania, nie podlegają wyłączeniu w ramach KRYTERIUM B. Jest to ważne rozróżnienie, ponieważ użytkownik może nie być od razu świadomy tego, że zamknięcie przeglądarki nie usunie ustawień związanych z uwierzytelnieniem. Może on powrócić do strony internetowej, przyjmując, że jest anonimowy, podczas gdy faktycznie jest ciągle zalogowany do usługi. Odpowiednim sposobem pozyskania zgody byłaby powszechnie spotykana metoda stosowania pola wyboru i prostego komunikatu takiego jak „zapamiętaj mnie (korzystając z plików cookie)” obok wniosku o wysłanie formularza; tym samym nie byłoby potrzeby stosowania w tym przypadku wyłączenia.

3.3 Pliki cookie zorientowane na bezpieczeństwo użytkownika (ang. user centric security cookies)

Wyłączenie mające zastosowanie do uwierzytelniających plików cookie w ramach KRYTERIUM B (jak opisano powyżej) może zostać rozszerzone na inne pliki cookie utworzone w szczególnym celu polegającym na zwiększeniu bezpieczeństwa usługi, której użytkownik wyraźnie zażądał. Dzieje się tak przykładowo w przypadku plików cookie wykorzystywanych do wykrywania powtarzających się nieudanych prób logowania się na stronie internetowej lub innych podobnych mechanizmów stworzonych w celu ochrony systemu logowania przed nadużyciami (choć może to być w praktyce słabym zabezpieczeniem). Wyłączenie to nie objęłoby jednak plików cookie związanych z bezpieczeństwem stron internetowych lub usługami osób trzecich, których użytkownik wyraźnie nie zażądał.

Podczas gdy pliki cookie wykorzystywane do logowania zwykle wygasają z końcem sesji, w przypadku plików cookie zorientowanych na bezpieczeństwo użytkownika przewiduje się dłuższą żywotność, aby spełniły zadanie polegające na zapewnieniu bezpieczeństwa.

3.4 Sesyjne pliki cookie odtwarzaczy multimedialnych

Sesyjnych plików cookie odtwarzaczy multimedialnych (ang. *multimedia player session cookies*) używa się do zapamiętywania danych technicznych potrzebnych do odtwarzania treści audiowizualnych, takich jak jakość obrazu, prędkość łącza sieciowego i parametry buforowania. Sesyjne pliki cookie odtwarzaczy multimedialnych są powszechnie znane jako tzw. pliki cookie typu „flash”, a są tak nazywane, gdyż najbardziej rozpowszechnioną technologią internetowego przesyłu wideo będącą obecnie w użyciu jest Adobe Flash. Z uwagi na to, że nie ma potrzeby długoterminowego przechowywania tych informacji, powinny one wygasnąć z chwilą zakończenia sesji.

Gdy użytkownik odwiedza stronę internetową zawierającą powiązane ze sobą treści tekstowe i wideo, oba rodzaje treści są w równym stopniu częścią usługi wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Funkcja odtwarzania obrazu wideo odpowiada zatem KRYTERIUM B.

Jak wspomniano już w sekcji 3.2, aby skorzystać z tego wyłączenia, administratorzy stron internetowych muszą unikać włączania dodatkowych informacji do pamięci plików cookie typu „flash” oraz do innych plików cookie, które nie są ściśle niezbędne do odtwarzania treści multimedialnych.

3.5 Sesyjne pliki cookie do równoważenia obciążenia

Równoważenie obciążenia jest techniką pozwalającą dystrybuować przetwarzanie żądań serwera internetowego za pośrednictwem nie jednej maszyny, ale zespołu maszyn. Jedną z technik wykorzystywanych do równoważenia obciążenia opiera się na „równoważniku obciążenia”: kierowane za pośrednictwem internetu żądania od użytkowników są przekazywane do bramki równoważącej obciążenia, która przekazuje żądania do jednego z wewnętrznych serwerów dostępnych w zespole. W niektórych przypadkach to przekierowanie musi być zachowane w trakcie danej sesji: wszystkie żądania pochodzące od konkretnego użytkownika muszą być zawsze przekazywane do tego samego serwera w zespole, aby zagwarantowana była spójność przetwarzania. Obok różnych innych technik pliki cookie może być wykorzystywany do identyfikacji serwera w zespole w celu odpowiedniego przekierowania żądania przez równoważnik obciążenia. Są to sesyjne pliki cookie.

Informacja zawarta w pliku cookie ma jedynie na celu identyfikację jednego z końcowych punktów komunikacji (jednego z serwerów w zespole), a więc jest konieczna do przeprowadzenia komunikacji za pośrednictwem sieci. Te pliki cookie podlegają jako takie wyłączeniu w ramach KRYTERIUM A.

3.6 Pliki cookie do personalizacji interfejsu użytkownika

Pliki cookie do personalizacji interfejsu użytkownika (ang. *user interface customization cookies*) wykorzystywane są do przechowywania preferencji użytkownika w odniesieniu do usług, z których korzysta na stronach internetowych. Nie są one związane z innymi trwałymi identyfikatorami, takimi jak nazwa użytkownika. Ustanawia się je tylko wtedy, gdy użytkownik wyraźnie zażądał od usługi zapamiętania określonej informacji, przykładowo klikając na pole lub zaznaczając okno wyboru. Mogą to być sesyjne pliki cookie lub pliki posiadające żywotność mierzoną w tygodniach lub miesiącach – w zależności od celu, jakiemu służą.

Typowymi przykładami tego rodzaju plików cookie są:

- pliki cookie z preferencjami językowymi (ang. *language preference cookies*) wykorzystywane do zapamiętywania języka wybranego przez użytkownika na wielojęzycznej stronie internetowej (np. poprzez kliknięcie na flagę).
- pliki cookie z preferencjami wyświetlania wyników wyszukiwania (ang. *result display preference cookies*) wykorzystywane do zapamiętywania preferencji użytkownika w odniesieniu do zapytań *online* (np. poprzez wybór liczby wyników wyświetlanych na stronie).

Te funkcje personalizacyjne są zatem wyraźnie aktywowane przez użytkownika usługi społeczeństwa informacyjnego (np. poprzez kliknięcie na pole lub zaznaczenie okna wyboru), choć przy braku dodatkowych informacji nie można interpretować intencji użytkownika jako preferencji do zapamiętania tego wyboru na czas dłuższy niż sesja przeglądania (lub nie dłuższy niż kilka dodatkowych godzin). Jako takie tylko sesyjne (lub krótkoterminowe) pliki cookie przechowujące takie informacje podlegają wyłączeniu w ramach KRYTERIUM B. Zamieszczenie dodatkowej informacji w dobrze widocznym miejscu (np. komunikat obok flagi „korzysta z plików cookie”) stanowiłoby wystarczającą informację dla pozyskania świadomej zgody na zapamiętanie preferencji użytkownika na dłuższy czas; tym samym wymóg zastosowania w tym przypadku wyłączenia byłby zbędny.

3.7 Pliki cookie dla wtyczek portali społecznościowych pozwalających na wymianę treści (ang. *social plug-in content sharing cookies*)

Wiele sieci społecznych proponuje „moduły wtyczek portali społecznościowych”, które administratorzy stron internetowych mogą instalować na swoich portalach, w szczególności aby pozwolić użytkownikom sieci społecznych na wymianę treści, które lubią, ze swoimi „przyjaciółmi” (oraz na korzystanie z innych związanych z tym funkcji, takich jak zamieszczanie komentarzy). Wtyczki te przechowują pliki cookie i uzyskują do nich dostęp na urządzeniu końcowym użytkownika, aby umożliwić sieci społecznej identyfikację swoich członków, którzy posługują się tymi wtyczkami.

Aby rozstrzygnąć ten przypadek wykorzystania, należy odróżnić użytkowników, którzy zalogowali się za pośrednictwem swojej przeglądarki na konkretne konto sieci społecznej, od niezalogowanych użytkowników, którzy po prostu nie są członkami tej konkretnej sieci społecznej albo wylogowali się ze swojego konta.

Skoro z definicji wtyczki portali społecznościowych są przeznaczone dla członków określonej sieci społecznej, nie mają one zastosowania wobec osób niebędących jej członkami, a zatem w odniesieniu do tych użytkowników nie spełniają KRYTERIUM B. Może to dotyczyć również faktycznych członków sieci społecznej, którzy wyraźnie wylogowali się z portalu, a więc nie spodziewają się, że są nadal „połączeni” z siecią społeczną. Zgoda ze strony osób niebędących członkami sieci i jej wylogowanych członków jest zatem konieczna przed wykorzystaniem plików cookie osób trzecich przez wtyczki portali społecznościowych.

Z drugiej strony wielu zalogowanych użytkowników oczekuje, że będą mogli korzystać z wtyczek portali społecznościowych i mieć do nich dostęp na stronach internetowych osób trzecich. W tym konkretnym przypadku plik cookie jest ściśle niezbędny do realizacji funkcji wyraźnie zażądanej przez użytkownika, więc ma zastosowanie KRYTERIUM B. Takie pliki cookie są plikami sesyjnymi⁴: aby ich konkretny cel został spełniony, ich żywotność powinna kończyć się z chwilą wylogowania użytkownika z portalu społecznościowego lub zamknięcia przeglądarki. Sieci społeczne, które chcą korzystać z plików cookie do dodatkowych celów (lub o dłuższej żywotności) wykraczających poza KRYTERIUM B, mają dostateczną możliwość poinformowania o tym swoich członków i pozyskania ich zgody na samym portalu społecznościowym.

4 Pliki cookie niepodlegające wyłączeniu

W niniejszej sekcji przypomniano lub wyjaśniono scenariusze wykorzystania plików cookie, które nie podlegają wyłączeniu na mocy KRYTERIUM A lub B.

4.1 Pliki cookie dla wtyczek portali społecznościowych pozwalających na śledzenie (ang. social plug-in tracking cookies)

Jak wspomniano wyżej, wiele sieci społecznych proponuje „moduły wtyczek portali społecznościowych”, które administratorzy stron internetowych mogą instalować na swoich portalach, aby świadczyć usługi mogące być uznawane za „wyraźnie zażądane” przez członków tych sieci. Jednak moduły te mogą być także wykorzystane do śledzenia użytkowników – zarówno będących, jak i niebędących członkami sieci – za pomocą plików cookie osób trzecich, w przypadku gdy śledzenie to jest realizowane do innych celów, np. reklamy behawioralnej, badań analitycznych lub rynkowych.

Tych plików cookie, posiadających takie cechy, nie można uznać za „ściśle niezbędne” do świadczenia funkcji wyraźnie zażądanych przez użytkownika. Zatem pliki cookie pozwalające na śledzenie nie mogą podlegać wyłączeniu na mocy KRYTERIUM B. Wydaje się mało prawdopodobne, by sieci społeczne posiadały podstawę prawną do gromadzenia za pomocą wtyczek portali społecznościowych danych o osobach niebędących członkami ich sieci, bez pozyskania zgody. Wtyczki portali społecznościowych nie powinny zatem ustanawiać pliku cookie osób trzecich domyślnie, na stronach wyświetlanych przez osoby niebędące członkami sieci. Jeśli sieci społeczne pragną przeprowadzić działania polegające na

⁴ W sekcji 3.2. wykazano, że trwale uwierzytelniające pliki cookie nie podlegają wyłączeniu.

śledzeniu zachowań drugiej strony, mają – jak zauważono wcześniej – dostateczną możliwość pozyskania zgody od swoich członków bezpośrednio na portalu po przedstawieniu jasnych i wyczerpujących informacji na ten temat swoim użytkownikom.

4.2 Reklama osób trzecich

Pliki cookie osób trzecich wykorzystywane do celów reklamy behawioralnej nie podlegają wyłączeniu spod zasady pozyskania zgody, jak szczegółowo opisano w opiniach grupy roboczej nr 2/2010 i 16/2011. Wymóg pozyskania zgody w sposób naturalny obejmuje wszystkie powiązane operacyjne pliki cookie osób trzecich wykorzystywane w reklamie, w tym pliki cookie wykorzystywane do ograniczenia częstotliwości wysyłanych reklam (ang. *frequency capping*), dokumentacji odsłon reklam (ang. *financial logging*), afiliacji reklam (ang. *ad affiliation*), wykrywania tzw. „nieuczciwych kliknięć”, badań i analizy rynku, udoskonalania produktów i usuwania błędów, jako że żadnego z tych celów nie można uznać za związany z usługą lub funkcją usługi społeczeństwa informacyjnego „wyraźnie zażądaną przez użytkownika”, jak wymaga tego KRYTERIUM B.

W tym względzie grupa robocza od dnia 22 grudnia 2011 r. aktywnie uczestniczy w pracach Word Wide Web Consortium (W3C) mających na celu normalizację technologii i znaczenia polecenia „nie śledź” (ang. *Do Not Track*). W świetle faktu, że pliki cookie często zawierają niepowtarzalne identyfikatory, które umożliwiają śledzenie zachowań użytkowników na różnych stronach internetowych i przez określony czas, oraz ze względu na możliwe łączenie tych identyfikatorów z innymi danymi identyfikacyjnymi i danymi możliwymi do zidentyfikowania, grupa robocza jest zaniepokojona potencjalnym wyłączeniem określonych plików cookie uznawanych za konieczne do celów operacyjnych z inicjatywy „nie śledź”. Do takich celów należą: ograniczenie częstotliwości wysyłanych reklam, dokumentacja odsłon reklam, kontrola osób trzecich, bezpieczeństwo, treści kontekstowe, badania i analizy rynku, udoskonalanie produktów i usuwanie błędów⁵. Aby norma „nie śledź” sprawiła, że działalność przedsiębiorstw oferujących pliki cookie obywatelom europejskim będzie zgodna z przepisami, „nie śledź” musi faktycznie bez wyjątków oznaczać „nie rejestruj”. Zatem tam, gdzie użytkownik wyraził wolę, aby nie być śledzonym (DNT=1), nie można ustanowić, ani w inny sposób przetwarzać żadnego identyfikatora do celów śledzenia. Istnieją rozwiązania techniczne, a wiele innych jest w trakcie opracowywania, służące efektywnemu stosowaniu zasady „poszanowania prywatności od samego początku” (ang. *privacy by design*), zarówno w przeglądarce internetowej, jak i na serwerze, pozwalające na osiągnięcie wyżej wymienionych celów operacyjnych.

4.3 Narzędzia analityczne administratora

Narzędzia analityczne to narzędzia statystyczne do pomiaru oglądalności stron internetowych, które często opierają się na plikach cookie. Korzystają z nich przede wszystkim właściciele stron internetowych w celu szacowania liczby indywidualnych użytkowników, ustalania najczęściej używanych w wyszukiwarkach słów kluczowych, które kierują użytkowników na daną stronę, lub wykrywania problemów związanych z nawigacją na stronach. Dostępne obecnie narzędzia analityczne korzystają z szeregu różnych modeli gromadzenia i analizowania danych, z których każdy stanowi inne zagrożenie dla ochrony danych. System analityczny administratora oparty na plikach cookie administratora w sposób oczywisty generuje inne zagrożenie niż system analityczny osób trzecich oparty na plikach cookie osób trzecich. Istnieją także narzędzia korzystające z plików cookie administratora i analizy

⁵ <http://www.w3.org/TR/tracking-compliance/>

wykonywanej przez osobę trzecią. Ta osoba trzecia będzie uważana za wspólnego administratora lub za przetwarzającego w zależności od tego, czy wykorzystuje dane dla swoich własnych celów, czy też, jeśli jest to zabronione, na podstawie porozumień technicznych lub umownych.

Jakkolwiek często uznaje się je za narzędzia „ściśle niezbędne” dla administratorów, nie są one ściśle niezbędne do udostępnienia funkcji wyraźnie zażądanej przez użytkownika (lub abonenta). W rzeczywistości użytkownik może mieć dostęp do wszystkich funkcji oferowanych na stronie internetowej przy wyłączonej obsłudze plików cookie. W związku z tym takie pliki cookie nie są objęte wyłączeniem, o którym mowa w KRYTERIUM A lub B.

Grupa robocza uznaje jednak za niewielkie prawdopodobieństwo, że analityczne pliki cookie administratora będą stwarzać zagrożenie dla ochrony danych, gdy będą ściśle ograniczane do celów agregowanych statystyk dla potrzeb administratora i gdy będą wykorzystywane przez strony internetowe, które już oferują jasną informację o tych plikach cookie w swojej polityce ochrony prywatności, a także odpowiednie zabezpieczenia prywatności. Takie zabezpieczenia powinny zawierać przyjazny dla użytkownika mechanizm wyłączenia jakiegokolwiek gromadzenia danych i wszechstronny mechanizm anonimizacji, które to mechanizmy są stosowane wobec innych zbieranych, identyfikowalnych informacji, takich jak adresy IP.

W tym względzie, w przypadku przeglądu art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE w przyszłości, prawodawca europejski może odpowiednio dodać trzecie kryterium wyłączenia spod zasady pozyskania zgody w odniesieniu do plików cookie, które ograniczają się ściśle do celów tworzenia przez administratora anonimowych i zagregowanych statystyk.

Działania analityczne administratora należy wyraźnie odróżnić od działań analitycznych osób trzecich, które posługują się wspólnym plikiem cookie osób trzecich do gromadzenia informacji nawigacyjnych dotyczących użytkowników na różnych stronach internetowych i które powodują znacznie większe zagrożenie dla prywatności.

5 Streszczenie i wytyczne

Niniejsza analiza wykazała, że niżej wymienione pliki cookie mogą zostać wyłączone spod zasady pozyskania świadomej zgody pod określonymi warunkami, o ile nie są wykorzystywane do dodatkowych celów:

- 1) pliki cookie z danymi wprowadzanymi przez użytkownika (identyfikator sesji) na czas trwania sesji lub trwałe pliki cookie ograniczone w niektórych przypadkach do kilku godzin;
- 2) uwierzytelniające pliki cookie wykorzystywane do usług wymagających uwierzytelniania na czas trwania sesji;
- 3) pliki cookie zorientowane na bezpieczeństwo użytkownika wykorzystywane do wykrywania nadużyć dotyczących uwierzytelniania na dłuższy, lecz ograniczony czas;
- 4) sesyjne pliki cookie odtwarzaczy multimedialnych, takie jak pliki cookie odtwarzacza „flash”, na czas trwania sesji;
- 5) sesyjne pliki cookie do równoważenia obciążenia, na czas trwania sesji;
- 6) trwałe pliki cookie do personalizacji interfejsu użytkownika na czas trwania sesji (lub nieco dłużej);

- 7) pliki cookie osób trzecich dla wtyczek portali społecznościowych pozwalających na wymianę treści dla zalogowanych członków sieci społecznej.

Mając na względzie sieci społeczne, grupa robocza odnotowuje jednak, że wykorzystanie plików cookie osób trzecich dla wtyczek portali społecznościowych do celów innych niż zapewnienie funkcji wyraźnie zażądanej przez członków tych sieci wymaga pozyskania zgody, zwłaszcza jeśli cele te obejmują śledzenie użytkowników na różnych stronach internetowych.

Grupa robocza przypomina, że reklamowe pliki cookie osób trzecich nie mogą podlegać wyłączeniu spod zasady pozyskania zgody i wyjaśnia, że pozyskanie zgody byłoby także wymagane do celów operacyjnych dotyczących reklamy osób trzecich, takich jak ograniczenie częstotliwości wyświetlania reklam, dokumentacja odsłon reklam, afiliacja reklam, wykrywanie tzw. „nieuczciwych kliknięć”, badania i analizy rynku, udoskonalanie produktów i usuwanie błędów. Podczas gdy niektóre cele operacyjne mogą z pewnością odróżniać użytkowników, cele te w zasadzie nie usprawiedliwiają wykorzystania niepowtarzalnych identyfikatorów. Kwestia ta ma szczególne znaczenie w kontekście aktualnych dyskusji o wdrożeniu w Europie normy „nie śledź”.

Analiza ta pokazuje także, że analityczne pliki cookie administratora nie są wyłączone spod zasady pozyskania zgody, ale stwarzają ograniczone zagrożenie dla prywatności, pod warunkiem, że zastosowano racjonalne zabezpieczenia, w tym odpowiednią informację, możliwość łatwego wycofania się i wszechstronny mechanizm anonimizacji.

Analiza i scenariusze wykorzystania plików cookie przedstawione w niniejszej opinii pozwalają na sformułowanie kilku wstępnych wytycznych:

- 1) przy stosowaniu KRYTERIUM B istotne jest zbadanie, co jest ściśle niezbędne z punktu widzenia użytkownika, a nie usługodawcy;
- 2) jeśli plik cookie wykorzystywany jest do wielu celów, może on korzystać z wyłączenia spod zasady pozyskania świadomej zgody tylko pod warunkiem, że z takiego wyłączenia korzysta indywidualnie każdy odrębny cel;
- 3) większe jest prawdopodobieństwo wyłączenia spod zasady pozyskania zgody sesyjnych plików cookie administratora niż trwałych plików cookie osób trzecich; jednak zawsze podstawą oceny, czy istnieje możliwość zastosowania wyłączenia, powinien być raczej cel, jakiemu służy plik cookie, niż jego techniczne cechy.

Ostatecznie, aby zdecydować, czy plik cookie podlega wyłączeniu spod zasady pozyskania świadomej zgody, ważne jest staranne zweryfikowanie, czy spełnia on jedno z dwóch kryteriów wyłączenia, o których mowa w art. 5 ust. 3 zgodnie ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2009/136/WE.

Jeśli, po starannym rozpatrzeniu, pozostają zasadnicze wątpliwości odnośnie do tego, czy kryteria wyłączenia mają zastosowanie czy nie, administratorzy stron internetowych powinni dogłębnie zbadać, czy w praktyce nie istnieje możliwość pozyskania zgody użytkowników w prosty i nienarzucający sposób, tym samym rozwiązując problem jakiegokolwiek niepewności prawnej.

Sporządzono w Brukseli dnia 7 czerwca 2012 r.

*W imieniu grupy roboczej
Przewodniczący
Jacob KOHNSTAMM*