

Założona: 7.07.1981 r.

Founded: 7.07.1981

Organizacja Pożytku Publicznego – od 1.06.2004 r.

Public Benefit Organization – since 1.06.2004

Członek Consumers International – d. IOCU – od 1987 r.

Członek BEUC – od 1999 r.

Member of Consumers International – d. IOCU – since 1987

Member of BEUC – since 1999



FEDERACJA KONSUMENTÓW
RADA KRAJOWA

POLISH CONSUMER FEDERATION
NATIONAL COUNCIL

Aleje Jerozolimskie 47, 00-697 Warszawa, Polska

Sekretariat: (48 22) 827 11 73, fax. (48 22) 827 90 59

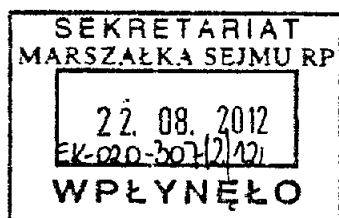
e-mail: sekretariat@federacja-konsumentow.org.pl

konto/account: PKO B.P.IX Oddział, Warszawa, 78 1020 1097 0000 7202 0087 1780

Do druku nr 627

Warszawa, 14 sierpnia 2012 r.

FK/3237/AP/RK/209/2012



Pani Ewa Kopacz

Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej

ul. Wiejska 4/6/8

00-902 Warszawa

Szanowna Pani Marszałek,

W nawiązaniu do pisma Pana Lecha Czapli Szefa Kancelarii Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 lipca 2012 roku, sygn. GMS-WP-173-215/12 działając na podstawie art. 45 ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) uprzejmie informuję, że Stowarzyszenie Federacja Konsumentów, dalej „FK” zgłasza następujące uwagi do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy *Prawo telekomunikacyjne - druk sejmowy nr 627, dalej „Projektu”*.

Uwagi ogólne:

Federacja Konsumentów jest niezależną, pozarządową organizacją konsumencką, której celem statutowym jest m.in. ochrona praw konsumentów w sporze z operatorami telekomunikacyjnymi. Propozycje legislacyjne powinny być zdaniem Federacji Konsumentów poprzedzone szczegółową analizą konsekwencji społecznych podejmowanych zmian, ze szczególnym uwzględnieniem ich wpływu na bezpieczeństwo najsłabszych uczestników obrotu gospodarczego – konsumentów.

Celem przygotowania rządowego projektu ustawy zmieniającej przepisy ustawy prawo telekomunikacyjne była głównie implementacja przepisów unijnych. Dodatkowo w tym zakresie dostrzeżono potrzebę nowelizacji niektórych jej przepisów, których stosowanie w praktyce powoduje trudności lub wątpliwości interpretacyjne. **Proponowane zmiany mogą znacząco wpłynąć na ekonomiczny interes indywidualnego konsumenta, a także na interes zbiorowy użytkowników końcowych usług telekomunikacyjnych**, wobec czego zajęcie stanowiska wydaje się wskazane i uzasadnione.

Aby planowane zmiany mogły **korzystanie wpłynąć na pozycję konsumentów FK**, poza wyrażaniem swojej opinii w stosunku do projektowanych przepisów, **wysuwa własne propozycje wprowadzenia zmian w przepisach prawa**. Dotychczasowe doświadczenie, a także możliwość dostępu do dokumentów, z których wynikają główne problemy konsumentów, pozwala nam na przedstawienie uwag do Projektu oraz propozycji ewentualnych zmian z perspektywy interesu indywidualnego konsumenta. Ze względu na szeroki zakres planowanych zmian w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004r., nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), dalej „ustawa PT” w niniejszej opinii skupiliśmy się szczegółowo na propozycjach zmian dotyczących świadczenia usług użytkownikom końcowym.

W pierwszej kolejności dostrzegamy **wielkie zagrożenie** spowodowane dążeniami do **całkowitego wyeliminowania formy papierowej zawieranych umów**. Elektroniczne skrzynki pocztowe nie przewidują możliwości potwierdzenia nadania i otrzymania wiadomości w formie elektronicznej – e-mail. W dużej mierze wiadomości tego typu przez różne programy do obsługi poczty elektronicznej lub serwery pocztowe umieszczane są automatycznie w skrzynkach niechcianych lub niepotrzebnych wiadomości elektronicznych, dalej „SPAM”, wobec czego konsumenci nie są nawet świadomi ich otrzymania. Przy utrzymaniu propozycji wyeliminowania obowiązku przekazania konsumentowi wersji papierowej umowy, konsument może nie być świadomy faktu, że umowa weszła w życie i nałożyła na niego określone obowiązki.

W obecnym stanie prawnym umowy zamawiane telefonicznie i dostarczane przez kuriera generują znaczącą ilość problemów i skarg konsumentów. Umowa o świadczenie usług telefonicznych zgodnie z przepisem art. 56 ustawy PT powinna mieć formę pisemną i uwzględniać wymagane prawem informacje. Do zawarcia takiej umowy niezbędne jest oświadczenie konsumenta o jej zawarciu wyrażane w formie składanego przez konsumenta podpisu na umowie. Natomiast zgodnie z art. 56 ust 6 i 8 ustawy PT zmiana umowy może

zostać zaproponowana przez operatora telekomunikacyjnego konsumentowi telefonicznie. Operator zobowiązany jest jedynie do przechowywania nagrania zawierającego oświadczenie konsumenta o przyjęciu nowych warunków przez określony czas oraz obowiązany jest do potwierdzenia konsumentowi faktu złożenia oświadczenia o zmianie warunków umowy oraz jego zakresu i terminu wprowadzenia zmian, w formie pisemnej, w terminie ustalonym z konsumentem, ale nie później niż w ciągu jednego miesiąca od dnia zlecenia zmiany. Konsumentowi przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy, bez podania przyczyn, poprzez złożenie stosownego oświadczenia w formie pisemnej w terminie 10 dni od dnia otrzymania pisemnego potwierdzenia. W tym wypadku zawsze ogromie trudnym i budzącym wątpliwości jest fakt wykazania skutku doręczania konsumentowi zmian umowy oraz ustalenie momentu od kiedy rozpoczyna bieg 10 dniowego terminu na odstąpienie od proponowanych zmian.

Konsumentowi ponadto nie przysługuje prawo odstąpienia od dokonanej zmiany warunków umowy jeżeli dostawca usług, za zgodą konsumenta, rozpoczął świadczenie usług zgodnie ze zmienionymi warunkami umowy

Wobec powyższej sytuacji **jeszcze większym zagrożeniem** wydaje się dostarczanie zmiany umowy na adres poczty elektronicznej abonenta wskazany w umowie, mimo braku zlecenia sporządzenia takiej zmiany. W dobie dużej ilości wiadomości spamowych konsument może potraktować taką wiadomość jako jedynie ofertę, na którą nie wyraża zgody, podczas gdy zmiana umowy, zgodnie z proponowanym w Projekcie kierunkiem zmian, po upływie 10 dni wejdzie w życie. **Tym bardziej, że zgodnie z sygnalizowanym już wcześniej problemem ustalenia momentu odebrania i zapoznania się z wiadomością elektroniczną nie ma również możliwości określenia i wykazania termin 10 dni na odstąpienie rozpoczyna swój bieg.**

Uwagi szczegółowe:

ad. art. 1 ust. 37 lit. a

W uzasadnieniu do w/w Projektu przepisu znajduje się zdanie, że wprowadzenie formularzy elektronicznych ma na celu zwiększenie elastyczności oraz szybkości zawierania umów i dokonywania zmian. FK nie widzi zastrzeżeń co do takiej formy uzgadniania warunków zawieranych umów, jednak jesteśmy zdania, **że nie powinno to stać na przeszkodzie dostarczeniu papierowej wersji umowy.**

ad. art. 1 ust. 37 lit. b

Bardzo pozytywnie FK ocenia propozycję uszczegółowienia art. 56 ust. 3 wprowadzającego dodatkowe wyliczenia i zastrzeżenie jasnej i zrozumiałej treści oraz dostępnej dla konsumenta formy umowy. Duża liczba zastrzeżeń konsumentów dotyczy utrudnień z przeczytaniem umowy ze względu na używany przez operatorów zbyt mały rozmiar czcionki druku formularza umowy, oraz skomplikowania samej treści umowy zawierającego wiele odesłań w tym do regulaminów.

Budzi natomiast nasze wątpliwości zawarte w uzasadnieniu Projektu, stwierdzenie że nowe obligatoryjne elementy umowy (art. 56 ust. 3 pkt. 8 i 21) będą mogły znaleźć się finalnie w regulaminie świadczenia usług.

Tym bardziej, że wieloletnia praktyka FK wykazuje, że większość umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawiera zastrzeżenie, zazwyczaj na końcu umowy małym drukiem, że konsument otrzymał regulaminy i cennik usług, choć w rzeczywistości dokumenty te nie są wydawane. Jest to równoznaczne z tym, że nie posiada on informacji wskazanych jedynie w regulaminie i nie jest w stanie udowodnić, że regulaminu tego nie otrzymał.

Ogromnie znaczącą zmianą w ocenie FK jest wprowadzenie do systemu prawnego (art. 56 ust. 3 pkt. 4 PT) obowiązku umieszczania w wprost w umowie terminu obowiązywania warunków promocyjnych (promocji) dotyczących danej usługi. Takie rozwiązanie pozytywnie wpłynie poziom ochrony wielu konsumentów. W szczególności może minimalizować ryzyko wprowadzenia konsumenta w błąd co do warunków promocji. Tym bardziej, że konsumenci przy zawieraniu umów na warunkach promocyjnych często są informowani przez nieuczciwych przedstawicieli handlowych operatora o fakcie, że „umowa może być wypowiedziana w każdym momencie bez konsekwencji finansowych”, podczas gdy warunki promocyjne (ukryte pod sygnaturą np. xx/xx/xxxxxxxx/xxxx/24/rok zawarcia umowy) określają zasady, ewentualny termin oraz skutki rezygnacji konsumenta.

Konsument powinien wprost wiedzieć do kiedy należy regulować opłaty (art. 56 ust. 3 pkt. 8 PT). Tak aby w przypadku często występującego opóźnienia z dostarczaniem faktur konsument wiedział w jakim terminie ma opłacić kwotę niesporną, czyli minimum wartość abonamentu.

Konsument powinien mieć wskazaną w umowie nie tylko informację dotyczącą okresu rozliczeniowego ale ponadto powinien mieć wskazaną informację dotyczącą terminu zapłaty. Takie rozwiązanie zabezpieczałoby interesy konsumenta w sytuacji często występującego

problemu nieterminowego dostarczania faktur konsumentowi. Konsument miałby informację w jakim terminie ma opłacić kwotę niesporną – co najmniej wartość abonamentu.

FK zgadza się z potrzebą dookreślenia wprost w umowie jaki jest jej status po okresie promocyjnym (*art. 56 ust. 3 pkt. 9 PT*). Umowy prawa telekomunikacyjnego zwyczajowo są umowami zawartymi na czas określony zazwyczaj zbieżny z okresem promocji, które bez odpowiedniej reakcji ze strony konsumenta oraz po jego upływie przekształcającą się z umowy zawarte na czas nieokreślony, bez regulacji promocyjnych lub automatycznie przedłużają się na kolejny okres promocyjny. Wielu Konsumentów nie jest świadomych funkcjonowania tej regulacji umownej oraz jej konsekwencji. Niestety w większości przypadków, niezależnie od wieku, konsumenci są przekonani, że po 24 miesiącach umowa „wygasa”, „ulega rozwiązaniu”. Konsument ma prawo do złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu takiej umowy w określonym czasie przed upływem okresu jej obowiązywania lub końcem okresu promocyjnego. Brak wypowiedzenia umowy ze strony konsumenta w tym czasie skutkuje konkretnymi konsekwencjami, takimi jak: obowiązek ponoszenia wyższego abonamentu (czasem zwiększonego o 100%), dłuższy okres wypowiedzenia, czy najbardziej zagrażający prawom konsumentów przypadek przedłużenia umowy na kolejny okres promocyjny, równoznaczny z okresem promocji w umowie, w którym wypowiedzenie skutkuje koniecznością zwrotu ulgi promocyjnej (*quasi* karą umowną). Ostatni przypadek uważany jest przez FK za niedozwolone postanowienie umowne, a na pewno naruszenie zbiorowych praw konsumentów. Konsument w „kolejnym okresie promocji” realnie nie uzyskuje żadnych korzyści, gdyż stawki za świadczone na rynku konkurencyjnym równoważne usługi przez 24 miesiące trwania dotychczasowej umowy uległy stanowczemu zmniejszeniu, a ponadto spłacił równowartość wydanego mu urządzenia telekomunikacyjnego w ramach dotychczas płaconego abonamentu.

Ciekawym pomysłem, w ocenie FK, jest umieszczenie w umowie informacji o ograniczeniach w zakresie korzystania z urządzeń końcowych jak np. blokada karty SIM (*art. 56 ust. 3 pkt. 10 PT*). FK proponuje jednak **doprecyzowanie tego przepisu poprzez wprowadzenie obowiązku poinformowania konsumenta o tym wprowadzenia informacji co z taką blokadą dzieje się po zakończeniu okresu promocyjnego umowy**. Blokada karty SIM ma na celu zabezpieczenie operatora polegające na tym, że użytkownik aparatu telefonicznego w formie opłacanego abonamentu, bądź zwrotu ulgi promocyjnej, zwróci wartość telefonu przyznanego w ramach promocji za kwotę zdecydowanie poniżej jego

wartości. W obecnej chwili jednak nie ma obowiązku bezpłatnego zdjęcia blokady po zakończeniu okresu promocyjnego. Jeżeli konsument w świetle obowiązujących przepisów ma prawo po zakończeniu promocji, bądź spłacie kary umownej, przenieść usługę do innego operatora razem z użytkowanym numerem telefonu, nie powinien mieć utrudnień w korzystaniu z „spłaconego” aparatu telefonicznego aktywowanego w usłudze nowego operatora. W naszej ocenie nałożenie na konsumenta obowiązku poniesienia kosztów związanych z usunięciem blokady jest naruszeniem zasady swobodnego korzystania z aparatu telefonicznego oraz stoi na przeszkodzie realizacji swobodnego przeniesienia numeru abonenckiego do innego operatora.

FK pozytywnie ocenia inicjatywę projektodawcy w zakresie podawania minimalnych poziomów jakości usług oferowanych przez operatora, a także konieczności wypłaty konsumentowi odszkodowania za nieosiągnięcie tego poziomu (*art. 56 ust. 3 pkt. 12 PT*). Ponadto stoimy na stanowisku, że ze względu na świadczenie przez operatora usługi na poziomie poniżej 50 % gwarantowanej jakości usługi, konsumentowi powinno przysługiwać prawo do rozwiązania umowy z winy operatora.

FK pozytywnie ocenia zmianę w zakresie obowiązku wskazania wprost w umowie sposobu informowania konsumenta o wyczerpani pakietu transmisji danych oraz o możliwości bieżącej kontroli stanu zużycia takiego pakietu (*art. 56 ust. 3 pkt. 13 PT*).

W chwili obecnej operatorzy zastrzegają, że „mogą, ale nie muszą” informować konsumenta o w/w fakcie np. za pomocą sms i odsyłają do bilingów internetowych, które z kolei mają charakter informacyjny i nie podają wartości połączenia w czasie rzeczywistym. Z tego powodu nawet uważnie kontrolujący swoje finanse oraz wykorzystanie pakietów konsumenci są narażeni na wysokie rachunki, ze względu na ceny usługi osiągają kwotę nawet powyżej 1500 zł. Z analizy skarg konsumentów wynika, że dopiero po minimalnym przekroczeniu tej kwoty operatorzy blokują konsumentom usługi wychodzące, dając kilkudniowy termin na zapłatę kaucji przed ponownym uruchomieniem usług wychodzących. Ww. granica (powyżej 1500 zł do około 3000 zł) nie jest zastrzeżona w żadnej umowie czy regulaminie, wynika jedynie ze stosowanych przez operatora zabezpieczeń, tak więc konsument nigdy nie jest świadom, że jego urządzenie może wygenerować w godzinę ponad 30-60krotną wartość jego dotychczasowego rachunku. **FK proponuje rozważenie możliwości wprowadzenia dodatkowo do warunków umownych zabezpieczenia w postaci kaucji po przekroczeniu której operator nie będzie generował dodatkowych**

kosztów niezależnie od sposobu realizacji usługi transmisji danych. Podobne rozwiązanie zostało wprowadzone w przypadku wiadomości premium – SMS Premium.

FK zwraca również uwagę, że w tym zakresie proponowany kształt art. 63a ustawy PT nie wskazuje również sankcji za niedoinformowanie konsumenta o przekroczeniu limitu transmisji danych.

FK podkreśla, że ocena proponowanych zmian powinna również uwzględniać kwestie automatycznych aktualizacji danych. **Z tego powodu proponujemy dodanie w niniejszym punkcie zdania:** *„niedozwolone jest wydawanie użytkownikowi końcowemu urządzenia końcowego z domyślnie włączoną aktualizacją danych bez wyraźnego wniosku użytkownika”*.

Liczne skargi konsumentów dotyczą również korzystania z usługi Internetu bezprzewodowego. Obawiamy się, że art. 56 ust. 3 pkt. 11 lit. d w zaproponowanym kształcie nie zagwarantuje konsumentom pełnej możliwości korzystania z usług operatora. Już w chwili obecnej konsument nie ma prawa rozwiązania umowy przed końcem okresu promocyjnego bez konieczności poniesienia „kary umownej” jeśli w danym miejscu nie ma zasięgu danego operatora. Nie trudno jest sobie wyobrazić, że jeszcze w wielu miejscach na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie ma możliwości doprowadzenia usługi Internetu stacjonarnego (kablowego), a usługa Internetu realizowana drogą radiową nie daje gwarancji jakości usługi. Z tego powodu wielu konsumentów decyduje się na wykupienie usługi Internetu bezprzewodowego (mobilnego) najczęściej w ramach tego samego operatora, który świadczy im usługi ruchomej telefonii komórkowej. Niestety często pomimo możliwości wykonywania połączeń telekomunikacyjnych w danym rejonie okazuje się, że ze względu słaby zasięg korzystanie z Internetu bezprzewodowego (mobilnego) jest niemożliwe, nawet po zastosowaniu anten wzmacniających. W przypadku próby polubownego zakończenia sporu otrzymują oni odpowiedź, że „mapa zasięgu prezentowana w trakcie zawierania umowy ma charakter orientacyjny, a jakość zasięgu może się różnić w zależności od ukształtowania terenu, zalesienia,” etc. oraz propozycję korzystania z usługi „na podwórku” bądź w każdym innym miejscu. Tym samym konsument zostaje skazany na opłacanie usługi przez okres minimum 24 miesięcy bez możliwości *de facto* korzystania z usługi w sposób jaki był intencją konsumenta w trakcie zawierania umowy.

Na aprobatę zasługuje proponowana zmiana *art. 56 ust. 3 pkt. 21 PT* polegająca na wprowadzeniu obowiązku wskazania w umowie informacji o wszelkich opłatach należnych w momencie rozwiązania umowy, w tym o warunkach zwrotu urządzeń końcowych ze

wskazaniem na czyj koszt ma to nastąpić . **Proponujemy dodanie po słowach „na czyj koszt ma to nastąpić” następujących zapisu: „terminu zwrotu oraz adresu na który ma zostać zwrócony”**

Obecnie operatorzy zastrzegają w regulaminach nie w umowie obowiązek odesłania sprzętu na adres inny niż pisma o rozwiązaniu umowy. Konsument, który nie zwrócił uwagi na te rozbieżność odsyła sprzęt na adres korespondencyjny wskazany w umowie. Przesłanie sprzętu na nieprawidłowy adres powoduje oddanie sprzętu po terminie oraz naliczenie nieproporcjonalnej kary umownej za nieterminowy zwrot sprzętu.

ad. art. 1 uts. 37 lit. d

FK pozytywnie ocenia zaproponowane rozwiązanie polegające na skróceniu czasu trwania umowy do maksymalnie 24 miesięcy. Okres ten jest zbieżny z okresem, w którym konsument może również powoływać się na niegodność towaru konsumpcyjnego z umową. Nie widzimy jednak uzasadnienia dla rozróżnienia sytuacji konsumenta od użytkownika końcowego, czyli podmiotu zawierającego umowy biznesowe, dla którego okres obowiązywania umowy skrócono do 12 miesięcy.

ad. art. 1 uts. 37 lit. e

W uwagach do poszczególnych proponowanych zapisów art. 56 ust. 3 odnieśliśmy się szczegółowo, które informacje powinny zostać wprowadzone wprost w umowie a nie powinny być zawierane w regulaminie.

Warto zwrócić uwagę na to, że regulaminy często podlegają zmianom. Konsumentowi wysyłana jest treść nowego regulaminu zwykłym listem z zastrzeżeniem, że w terminie 14 dni może odstąpić od zawartej umowy. Wadliwość tego typu doręczania powoduje, że w przypadku zmiany istotnych postanowień umownych, konsument jest słabiej chroniony.

Na aprobatę zasługuje wydłużenie okresu przechowywania nagrań z całych rozmów z konsumentem , w trakcie których zawierana lub zmieniana jest umowa, do końca okresu trwania umowy. Niezmiernie ważnym rozwiązaniem jest wprowadzenie obowiązku udostępniania nagrań na żądanie konsumenta. Dotychczasowa praktyka świadczy o tym, że operatorzy samodzielnie osłuchiwali rozmowy, po czym informowali konsumenta, że w rozmowie nie padły słowa, na które się powoływał. W części ogólnej staraliśmy się przedstawić jakie zagrożenia niesie ze sobą zawieranie umów na odległość, np. za

pośrednictwem telefonu, Dlatego cenimy dostrzeżoną potrzebę regulacji obowiązku zachowywania, udostępniania rozmów.

Jednak jak wskazywaliśmy w części ogólnej jeszcze raz zwracamy uwagę na niebezpieczeństwa związane z brakiem możliwości potwierdzenia otrzymania przez konsumenta wiadomość e-mail bądź odebrania faksu zawierającego umowę lub zmianę umowy. W naszej ocenie przy utrzymaniu możliwości doręczania konsumentowi zmian umowy i umowy drogą elektroniczną lub faksem, bez obowiązku przekazania umowy w formie papierowej, w perspektywie czasu doprowadzi do konieczności zmian przepisów, tak jak miało to miejsce z przepisami dotyczącymi czasu przechowywania nagrań z rozmów telefonicznych i obowiązku ich udostępniania.

Jeszcze większe zastrzeżenia budzi projekt zapisu art. 56 ust. 6a, gdzie po dostarczeniu elektronicznej wersji potwierdzenia umowy konsument otrzymuje jedynie odesłanie do miejsca na stronie dostawcy, gdzie może znaleźć treść proponowanych zmian. Jeśli ustawodawca wyraża już zgodę na formę elektronicznych potwierdzeń powinny one być kompletne poprzez dodanie załączników, a nie dalszych odesłań.

ad. art. 1 ust. 37 lit. f

W chwili obecnej w Projekcie znajduje się zastrzeżenie w art. 56 ust. 6, że potwierdzenia mają również przychodzić w formie elektronicznej, a dopiero na wyraźne żądanie konsumenta w formie pisemnej. Z doświadczenia FK wiemy o rozbieżnościach pomiędzy tym co jest oferowane konsumentowi, a tym co ostatecznie jest mu świadczone. Już w chwili obecnej otrzymujemy skargi na niektórych operatorów umożliwiających zawieranie umów poprzez formularze. W wielu przypadkach mimo przekonania konsumenta, że będzie on płacił określoną kwotę abonamentową otrzymuje on fakturę w wyższej kwocie. W wyniku złożonej reklamacji uzyskuje informacje, że na stronie wystąpił najwidoczniej błąd, którego w tej chwili nie da się udowodnić. **Przerzucenie na konsumenta obowiązku żądania formy papierowej narusza równowagę stron, tym bardziej większość osób nie będzie nawet świadoma faktu, że może tego typu żądanie wystosować.**

ad. art. 1 ust. 38 lit. b

Nie możemy się zgodzić ze stanowiskiem przedstawionym w uzasadnieniu projektu do zaproponowanej zmiany art. 57 ust. 6 ustawy PT zgodnie z którym większość operatorów nalicza kary umowne dopiero po rozpoczęciu świadczenia usług. Przeważająca praktyka

przedsiębiorców działających na rynku usług telekomunikacyjnych występuje z żądaniem zwrotu ulgi promocyjnej nawet przed rozpoczęciem świadczenia usług. Wystarczy by upłynął okres 10 dni wynikający z art. 56 ust. 6 ustawy PT, a operator biorca po otrzymaniu rezygnacji z przeniesienia usługi nalicza abonentowi karę umowną. **Popieramy proponowaną zmianę, a ponadto wychodzimy z propozycją dodania po kropce zdania o następującej treści** *„Roszczenie nie przysługuje również jeżeli dostawca usług świadczy więcej niż jedną usługę, chociażby na podstawie odrębnych umów ze względu na brak możliwości technicznych świadczenia jednej z usług bądź zmiany regulaminu/cennika jednej z usług otrzymał od abonenta oświadczenie o rozwiązaniu umowy z winy operatora lub odstąpieniu od umowy”*

ad. art. 1 ust. 40 lit. a

Proponujemy zastąpienie w ustępie 1 art. 60a ustawy PT w obecnym brzmieniu zdania kropki, przecinkiem oraz dodanie *„a termin wypowiedzenia umowy nie może być krótszy niż 14 dni od doręczenia abonentowi treści proponowanych zmian.”*

Problem może również wynikać z braku dostarczenia papierowej wersji cenników i regulaminów, będących integralną częścią umowy (vide art. 59 ust. 3 ustawy PT). Należy zwrócić uwagę, że pomimo nałożonego obowiązku dostarczania cenników i regulaminów istnieje ryzyko ich nie doręczenia, a brak sankcji może powodować konsekwencje, że przepis w istocie będzie martwy. Operatorzy umożliwiają konsumentom skorzystanie z wielu czasowych promocji co powoduje rozbieżności w regulaminach i cennikach. Po zakończeniu okresu promocyjnego w/w dokumenty znikają ze strony operatora i konsument nie ma dostępu do ich treści. Należy mieć na uwadze, że spory pomiędzy konsumentami a operatorem kierowane są na drogę postępowania sądowego przez firmy windykacyjne i to niekiedy dopiero po upływie 2-3 lat (bądź więcej, ale wówczas można powoływać się na przedawnienie roszczeń z art. 118 KC), co nie daje możliwości konsumentowi udowodnienia dlaczego postąpił wobec operatora w taki a nie innych sposób gwarantowany w regulaminie.

ad. art.1 ust. 48

Niezrozumiałym dla FK jest obowiązek udostępnienia przez operatora możliwości pozyskania informacji o alternatywnych tańszych taryfach. W trakcie trwania umowy konsument nie może zerwać umowy bez poniesienia konsekwencji naliczenia kary umownej, a przejście na tańszą taryfę uznawane jest za zerwanie warunków dotychczasowej umowy.

Wobec powyższego zapis projektu art. 68 ustawy PT jest naszym zdaniem w ogóle niepotrzebny.

Dodatkowo należałoby rozważyć wprowadzenie bezwzględnie nieodpłatnej infolinii gdyż reklamacja powinna być bezpłatna. W przeciwnym razie konsumenci zniechęcają się przed składaniem reklamacji gdy koszt połączenia z operatorem wynosi kwotę o podwyższonej opłacie

ad. art. 1 ust. 50

FK pozytywnie ocenia propozycję w zakresie ograniczenia terminu dotyczącego przeniesienia numeru do 1 dnia roboczego od dnia zawarcia umowy z przeniesieniem numeru, a także możliwości dochodzenia roszczeń od wskazanych wprost w przepisie podmiotów przy uchybieniach operatorów związanych z przeniesieniem numeru

ad. art. 1 ust. 78

Art. 6 ust 2 ustawy PT w obecnym brzmieniu wprowadza sankcję za nie rozpatrzenie reklamacji złożonej przez konsumenta w terminie 30 dni od dnia złożenia. Kwestia ta jest , niezmiernie istotna w zakresie ochrony podstawowych praw konsumentów. W naszej ocenie dla wprowadzenia równowagi uprawnień dla obu stron umowy powinna być stosowana teoria doręczeń *expresis verbis* z art. 61 Kodeksu Cywilnego. Termin na rozpatrzenie reklamacji liczony jest od momentu w którym operator mógł się zapoznać z przedmiotem reklamacji konsumenta, a nie od momentu w którym konsument złożył pismo w placówce pocztowej. Podobna sytuacja powinna mieć miejsce w przypadku odpowiedzi na reklamację. Biorąc pod uwagę, że w chwili obecnej gro reklamacji składanych jest w formie elektronicznej lub poprzez infolinię nie powinno operatorowi sprawiać wielkiego utrudnienia merytoryczne ustosunkowanie się do reklamacji w terminie ok. 25 dni tak by operator pocztowy mógł odpowiedź dostarczyć przed upływem 30 dnia. W przeciwnym razie proces reklamacji potrafi trwać 1,5 miesiąca: ze względu na przesłanie reklamacji do i od operatora. Nawet w przypadku listów poleconych i priorytetowych. W tym czasie mimo zastrzeżeń regulaminowych, że konsument zobowiązany jest do zapłaty jedynie kwoty niespornej, operatorzy często pozbawiają konsumenta możliwości wykonywania połączeń wychodzących. Operator obraca środkami pieniężnymi do czasu uznania reklamacji, których ponownie nie zwraca konsumentowi lecz zalicza na poczet przyszłych wierzytelności.

Proponujemy ponadto rozważenie zmiany art. 106 ust. 1 ustawy PT, poprzez dodanie po kropce zdania „*Odwołanie od decyzji reklamacyjnej zawierające nowe okoliczności należy traktować jako nową reklamację*”. Uzasadnieniem dla takiej propozycji jest fakt, że operatorzy w odpowiedzi na reklamację powołują się często na dane pochodzące z odczytów systemów teleinformatycznych, które nie są dostępne dla konsumenta oraz nie są znane w chwili składania reklamacji. Konsument ustosunkowując się do takiej odpowiedzi bądź składając dodatkowe wyjaśnienia w istocie uzupełnia pierwotną reklamację wnosząc o jej ponowne rozpatrzenie. W związku z powyższym zasadne wydaje się, aby operator w takim przypadku był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi jak przy reklamacji. W praktyce operatorzy traktują odwołanie od decyzji reklamacyjnej zawierające nowe okoliczności jako nową reklamację, jednakże bez zastosowania wynikającego z przepisu obowiązku udzielenia odpowiedzi w terminie 30 dni od dnia jej złożenia.

Z wyrazami szacunku,

Agnieszka Popławska

Agnieszka Popławska
Prawnik Federacji Konsumentów

Osoba odpowiedzialna:

Agnieszka Popławska

tele@federacja-konsumentow.org.pl

tel. 22 871 11 73



**GENERALNY INSPEKTOR
OCHRONY DANYCH
OSOBOWYCH**

dr Wojciech R. Wiewiórowski

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu20.08.2012....

DOLIS-033-378/12 | TG /50577

Warszawa, dnia 17 sierpnia 2012 r.

Pan

Lech Czapla

Szef

Kancelarii Sejmu

ul. Wiejska 4/6/8

00 – 902 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze!

w odpowiedzi na pismo z dnia 27 lipca 2012 roku – znak: GMS-WP-173-215/12 – (data wpływu do Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych 30 lipca 2012 roku) uprzejmie informuję, że obszar zainteresowania Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w procesie opiniowania tego projektu obejmuje przede wszystkim trzy kwestie podlegające regulacji:

1. zasady obowiązkowej retencji danych telekomunikacyjnych,
2. obowiązek powiadamiania właściwego organu krajowego odpowiedzialnego za ochronę danych osobowych oraz abonentów lub użytkowników końcowych będących osobami fizycznymi o naruszeniu ich danych osobowych,
3. przechowywanie informacji lub uzyskiwanie dostępu do informacji już przechowywanej w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika końcowego (tzw. „cookies”).

Ad. 1. Odnosząc się do nowelizacji przepisów o obowiązkowej retencji danych telekomunikacyjnych Generalny Inspektor stwierdza, że choć uznać należy za krok w dobrym kierunku propozycję skrócenia do 12 miesięcy [art. 180 a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.), w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 118 projektu

ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 627)] okresu przechowywania przez operatora publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych danych, o których mowa w art. 180 c ustawy – Prawo telekomunikacyjne, to **zakres przedłożonej nowelizacji przepisów regulujących tzw. „retencję danych” jest zbyt wąski**. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych samo skrócenie okresu przechowywania tzw. „danych retencyjnych” (do 12 miesięcy) nie jest rozwiązaniem wystarczającym, gdyż w **dalszym ciągu brak jest** w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw **unormowań zmierzających do zapewnienia racjonalnego wykorzystywania danych retencyjnych**. W szczególności w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw nie znalazła odzwierciedlenia wytyczna zamieszczona w *Dyrektywie 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 roku w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE* (Dz. Urz. UE L 105 z 13.04.2006, str. 54), zgodnie z którą zatrzymywanie danych retencyjnych powinno być dokonywane w celu dochodzenia, wykrywania i ścigania poważnych przestępstw, określonych w ustawodawstwie każdego państwa członkowskiego. Przypomnieć należy, że wobec niewprowadzenia do polskiego ustawodawstwa takiego ograniczenia dopuszczalności wykorzystywania danych retencyjnych zdarzają się sytuacje występowania o takie dane na potrzeby postępowań cywilnych (np. w sprawach o rozwód). Co więcej – w ocenie organu do spraw ochrony danych osobowych nieprzyjęcie koncepcji, zgodnie z którą dane retencyjne powinny być wykorzystywane jedynie dla celów wykrywania i ścigania sprawców poważnych przestępstw, jest jedną z przyczyn tak wielkiej liczby wniosków o udostępnienie danych retencyjnych kierowanych w każdym roku przez uprawnione podmioty do operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

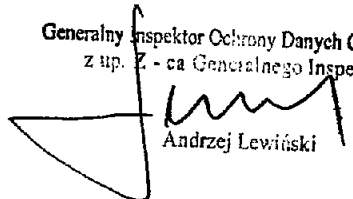
- Ad. 2. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych **pozytywnie ocenia, zaproponowany przez projektodawcę w art. 174 a – art. 174 d ustawy – Prawo telekomunikacyjne** (dodanych przez art. 1 pkt 113 projektu ustawy o zmianie

ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw), **sposób implementacji postanowień Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 roku dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej)** (Dz. Urz. UE L 201 z 31.07.2002, str. 37, z późn. zm.) w zakresie obowiązku powiadamiania właściwego organu krajowego odpowiedzialnego za ochronę danych osobowych (w Rzeczypospolitej Polskiej – Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych) oraz abonentów lub użytkowników końcowych będących osobami fizycznymi o naruszeniu danych osobowych tych abonentów (użytkowników końcowych). Przedłożone do zaopiniowania regulacje odnoszące się do procedury notyfikacji naruszeń stanowią wynik długotrwałych uzgodnień z organem do spraw ochrony danych osobowych i uwzględniają sugestie Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych zgłaszane w trakcie tych konsultacji.

Oprócz tego informuję, iż w art. 174 a ust. 8 in principio ustawy – Prawo telekomunikacyjne (dodanym przez art. 1 pkt 113 projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw) znalazło się nieprawidłowe odesłanie do ust. 2 art. 174 a ustawy – Prawo telekomunikacyjne zamiast do ust. 3 tego przepisu.

- Ad. 3. Jeśli zaś chodzi o przedstawioną propozycję (art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 112 projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw) **zmiany unormowań dotyczących przechowywania informacji lub uzyskiwania dostępu do informacji już przechowywanej w telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym abonenta lub użytkownika końcowego (tzw. „cookies”), to – w opinii organu do spraw ochrony danych osobowych – stanowi ona kompromis pomiędzy wyrażanymi w doktrynie poglądami skrajnymi, zgodnie z którymi cookies wymagają wyrażnej zgody abonenta (użytkownika końcowego), a poglądami bardziej liberalnymi, uwzględniającymi interesy dostawców usług.** Podkreślić należy, iż stanowisko Komisji Europejskiej co do sposobu interpretacji postanowień art. 5 ust. 3 *Dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 roku dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy o prywatności*

i łączności elektronicznej) również ewaluowało (od wymagania posiadania wyraźnej zgody abonenta w kierunku pewnej liberalizacji tego wymogu), zaś kwestia zgody w odniesieniu do *cookies* w dalszym ciągu pozostaje przedmiotem ożywionych dyskusji (w tej kwestii wypada choćby wspomnieć Opinię Nr 4/2012 w sprawie wyjątków w zakresie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie, z dnia 7 czerwca 2012 r., Grupy Roboczej ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych, ustanowionej na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE). W tym stanie rzeczy przedłożona propozycja brzmienia art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne uznana została za akceptowalną, przy założeniu, iż projektowany art. 173 ust. 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne będzie interpretowany w ten sposób, że dla przyjęcia istnienia zgody abonenta (użytkownika końcowego) niezbędne jest dokonanie przez niego stosownych ustawień oprogramowania zainstalowanego w wykorzystywanym przez niego telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym lub dokonanie przez niego konfiguracji usługi.

Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych
z up. Z - ca Generalnego Inspektora

Andrzej Lewiński

ZAŁĄCZNIK

Opinia Nr 4/2012 w sprawie wyjątków w zakresie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie, z dnia 7 czerwca 2012 r., Grupy Roboczej Artykułu 29 ds. Ochrony Danych – kart 7



**00879/12/PL
WP 194**

**Opinia 4/2012 w sprawie wyjątków
w zakresie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie**

Przyjęta w dniu 7 czerwca 2012 r.

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

Obsługę Sekretariatu zapewnia Dyrekcja C (Prawa Podstawowe i Obywatelstwo Unii Europejskiej) Dyrekcji Generalnej ds. Sprawiedliwości Komisji Europejskiej, B-1049 Bruksela, Belgia, Biuro nr MO-59 02/013.

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

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

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

mając na względzie art. 29 i 30 ust. 1(a) i 3 powyższej dyrektywy,

mając na względzie swój regulamin

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ OPINIĘ:

1. Wstęp

Artykuł 5 ust. 3 dyrektywy 2009/136/WE zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE wzmocnił ochronę użytkowników sieci i usług łączności elektronicznej, wymagając świadomej zgody przed zapisaniem lub dostępem do informacji na terminalu użytkownika (lub abonenta). Pomimo że wymóg dotyczy wszystkich rodzajów informacji przechowywanych na terminalu użytkownika lub do których realizowany jest dostęp na terminalu użytkownika, to większą część dyskusji skoncentrowano na wykorzystywaniu plików cookie rozumianym zgodnie z definicją w RFC6265¹. W niniejszej opinii wyjaśniono, w jaki sposób zrewidowany artykuł 5 ust. 3 wpływa na wykorzystywanie plików cookie, ale nie należy traktować tego terminu w ten sposób, że wyklucza podobne technologie.

Artykuł 5 ust. 3 pozwala na zwolnienie niektórych plików cookie z wymogu pozyskiwania świadomej zgody przed ich zamieszczeniem na terminalu użytkownika, jeżeli 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 „*szczególnie niezbędny w celu dostarczania usługi społeczeństwa informacyjnego, wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika*”.

Podczas gdy Grupa Robocza już szczegółowo analizowała wymogi pozyskiwania świadomej zgody w swoich dwóch opiniach², celem niniejszego dokumentu jest analiza wyjątków od tej zasady, w kontekście plików cookie i podobnych technologii.

Analiza ta została przeprowadzona bez szkody dla prawa do bycia poinformowanym oraz możliwego prawa do wyrażenia sprzeciwu określonych w dyrektywie 95/46/WE, które mają zastosowanie do przetwarzania danych osobowych niezależnie od tego, czy pliki cookie są wykorzystywane czy też nie.

2 Analiza

2.1 Kryterium A

Zastosowanie wyrażenia „jedynie w celu” w KRYTERIUM A wyraźnie ogranicza rodzaje przetwarzania, które można podjąć z wykorzystaniem plików cookie i nie pozostawia zbyt

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

² Opinia 2/2010 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej oraz Opinia 16/2011 w sprawie zaleceń EASA/IAB dotyczących najlepszych praktyk w internetowej reklamie behawioralnej.

wiele pola do interpretacji. Nie wystarczy po prostu wykorzystać plik cookie do ułatwienia, przyspieszenia lub uregulowania transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej. Transmisja komunikatu nie może być możliwa bez wykorzystania pliku cookie. Można zauważyć, że w pierwotnej wersji dyrektywy 2002/58/WE artykuł 5 ust. 3 już zawierał wyjątek dla plików cookie, które wykorzystywano „jedynie w celu wykonania lub ułatwienia transmisji komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej”. To samo sformułowanie wykorzystano w zrewidowanej dyrektywie, ale słowa „lub ułatwienia” usunięto, co można interpretować jako dalsze wskazanie, że europejski ustawodawca zamierzał zawęzić granice wyłączenia (wyjątku) przewidzianego w artykule 5 ust. 3 w KRYTERIUM A.

Co najmniej 3 elementy można uznać za szczególnie niezbędne w celu realizacji komunikacji za pośrednictwem sieci między dwoma stronami:

- 1) Możliwość kierowania informacji za pośrednictwem sieci, szczególnie poprzez określenie punktów końcowych komunikatu.
- 2) Możliwość wymiany poszczególnych danych w zamierzonej kolejności, szczególnie poprzez ponumerowanie pakietów danych,
- 3) Możliwość wykrywania błędów transmisji lub utraty danych.

Terminy „transmisja komunikatu za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej” w KRYTERIUM A – a w szczególności słowo „za pośrednictwem” – rozumie się w ten sposób, że odnoszą się one do wymiany danych mającej miejsce z wykorzystaniem sieci łączności elektronicznej (jak określono w dyrektywie 2002/21/WE), w tym potencjalnie danych „na poziomie aplikacji”, która to wymiana spełnia co najmniej jeden z warunków (elementów) określonych powyżej, bez ograniczenia do wymiany danych technicznych potrzebnej do ustanowienia samej sieci łączności elektronicznej.

Jako takie, KRYTERIUM A obejmuje pliki cookie, które spełniają co najmniej jeden z warunków wskazanych powyżej dla komunikatów internetowych.

2.2. Kryterium B

Podobnie brzmienie KRYTERIUM B sugeruje, że europejski ustawodawca zamierzał zapewnić, że test kwalifikujący do takiego wyłączenia (wyjątku) musi pozostać na wysokim poziomie. Podążając dokładnie za brzmieniem dyrektywy, plik cookie spełniający KRYTERIUM B musi jednocześnie przejść pomyślnie dwa następujące testy:

- 1) Usługa społeczeństwa informacyjnego została wyraźnie zażądana przez użytkownika: użytkownik (lub abonent) dokonał pozytywnego działania w celu zażądania usługi przy wyraźnie określonych granicach.
- 2) Plik cookie jest szczególnie niezbędny w celu umożliwienia dostarczenia usługi społeczeństwa informacyjnego: jeżeli pliki cookie są wyłączone, usługa nie będzie działała.

Ponadto w motywie 66 dyrektywy 2009/136/WE podkreślono, 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, musi istnieć wyraźne powiązanie między szczególną niezbędnością pliku cookie a dostarczeniem usługi wyraźnie zażądanej przez użytkownika, aby wyjątek miał zastosowanie.

Nawet przy takim rozumieniu dyrektywy pozostaje kwestia zdefiniowania, co składa się na zakres „usługi społeczeństwa informacyjnego wyraźnie zażądanej przez abonenta lub użytkownika”. Na usługę społeczeństwa informacyjnego może składać się wiele elementów, z których część nie jest wykorzystywana przez wszystkich użytkowników lub jest świadczona dla ułatwienia. Na przykład gazeta online może być bezpłatnie dostępna dla wszystkich, ale może zapewniać dodatkowe funkcje dla użytkowników, którzy są „zalogowani”, takie jak możliwość umieszczania komentarzy do artykułów. Z kolei te dodatkowe funkcje mogą działać z własnymi plikami cookie. W tym szczególnym kontekście Grupa Robocza uważa, że usługa społeczeństwa informacyjnego powinna być postrzegana jako suma kilku funkcji oraz że dokładny zakres takiej usługi może w ten sposób różnić się w zależności od funkcji zażądanych przez użytkownika (lub abonenta).

W konsekwencji KRYTERIUM B można przeformułować pod względem „funkcji” zapewnianych w ramach usługi społeczeństwa informacyjnego. W tym względzie plik cookie spełniający KRYTERIUM B musiałby przejść pomyślnie następujące testy:

- 1) Plik cookie jest niezbędny do zapewnienia określonej funkcji użytkownikowi (lub abonentowi): jeżeli pliki cookie są wyłączone, funkcja nie będzie dostępna.
- 2) Funkcja ta została wyraźnie zażądana przez użytkownika (lub abonenta), w ramach usługi społeczeństwa informacyjnego.

2.3. Charakterystyka pliku cookie

Pliki cookie często klasyfikuje się według następujących cech charakterystycznych:

- 1) W zależności od tego czy są to „sesyjne pliki cookie” (ang. „session cookies”) czy „trwałe pliki cookie” (ang. „persistent cookie”).
- 2) W zależności od tego, czy są to „pliki cookie należące do strony trzeciej” (ang. „third party cookies”) czy też nie.

„Sesyjny plik cookie” to plik cookie, który jest automatycznie usuwany, gdy użytkownik zamyka swoją przeglądarkę, podczas gdy „trwały plik cookie” to plik cookie, który nadal jest przechowywany na terminalu użytkownika dopóki nie nastąpi określona data jego wygaśnięcia (może to mieć miejsce za kilka minut, dni czy kilka lat w przyszłości).

Pojęcie „plik cookie należący do strony trzeciej” może wprowadzać w błąd:

- W kontekście europejskiej ochrony danych, dyrektywa 95/46/WE określa stronę 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 strony trzeciej” odnosiłby się zatem do pliku cookie instalowanego przez administratora danych, który różni się od tego, który działa na stronie internetowej odwiedzanej przez użytkownika (co określa obecny adres URL wyświetlany w pasku adresowym przeglądarki).
- Jednakże z perspektywy przeglądarek pojęcie „strona trzecia” definiuje się jedynie patrząc na strukturę adresu URL wyświetlanego w pasku adresowym przeglądarki. W tym przypadku „pliki cookie strony trzeciej” to pliki cookie, które są instalowane przez strony internetowe, które należą do domeny, innej od domeny strony internetowej odwiedzanej przez użytkownika, wyświetlanej w pasku adresowym przeglądarki, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest uważany za odrębnego administratora danych czy nie.

Podczas gdy te dwa podejścia często zachodzą na siebie, nie zawsze są równoznaczne. Na potrzeby tej opinii skupimy się na pierwszym podejściu i będziemy stosować pojęcie „plik cookie strony trzeciej” do opisanego plików cookie, instalowanych przez administratorów danych, którzy nie są operatorami strony internetowej obecnie odwiedzanej przez użytkownika. Przeciwnie, pojęcie „plik cookie administratora” („first party cookie”) będzie stosowane jako oznaczające plik cookie instalowany przez administratora danych (lub któregoś z jego przetwarzających) obsługującego stronę internetową odwiedzaną przez użytkownika, określonej przez adres URL, który jest zazwyczaj wyświetlany w pasku adresowym przeglądarki.

Określone cechy charakterystyczne zostaną wzięte pod uwagę, aby ocenić, czy plik cookie jest „szczególnie niezbędny” do celów usługi, „wyraźnie zażądanej przez użytkownika” czy też ograniczony „jedynie do celu”, jak wskazano w KRYTERIUM A i B.

Plik cookie, który jest zwolniony z obowiązku pozyskiwania zgody, powinien mieć cykl życia bezpośrednio związany z celem, w którym jest wykorzystywany, i musi mieć takie ustawienia, które spowodują jego wygaśnięcie, gdy nie będzie już potrzebny, przy uwzględnieniu racjonalnych oczekiwań przeciętnego użytkownika lub abonenta. Sugeruje to, że plikami cookie, które spełniają KRYTERIUM A i B, będą prawdopodobnie pliki cookie, które mają wygasnąć, gdy zakończy się sesja przeglądarki lub nawet wcześniej. Jednak nie zawsze tak jest. Na przykład w scenariuszu dotyczącym kompletowania zamówienia (wypełniania koszyka zakupami) przedstawionym w następnej części, sprzedawca mógłby dokonać takich ustawień, aby plik cookie działał albo jeszcze po zakończeniu sesji przeglądarki lub przez kilka godzin w przyszłości, biorąc pod uwagę fakt, że użytkownik może przez przypadek zamknąć swoją przeglądarkę i mógłby racjonalnie oczekiwać, że odzyska zawartość swojego koszyka z zakupami, gdy ponownie wejdzie na stronę internetową sprzedawcy w ciągu najbliższych minut. W innych przypadkach użytkownik może wyraźnie poprosić, aby usługa zapamiętywała określone informacje z jednej sesji do drugiej, co wymaga wykorzystania trwałych plików cookie, aby osiągnąć ten cel.

Ponadto, zgodnie z wcześniejszymi definicjami, pliki cookie „strony trzeciej” zazwyczaj nie są „szczególnie niezbędne” dla użytkownika odwiedzającego stronę internetową, ponieważ te pliki cookie są zazwyczaj związane z usługą, inną niż ta „wyraźnie zażądana” przez użytkownika.

W rezultacie, istnieje większe prawdopodobieństwo, że z wymogu pozyskiwania zgody będą zwolnione sesyjne pliki cookie administratora (ang. „first party session cookies”), a nie trwałe pliki cookie³, „strony trzeciej”. Jednak podczas gdy te cechy mogą służyć jako wstępny wskaźnik, aby dać pierwszeństwo działaniom z zakresu zgodności, same nie są wystarczające do stwierdzenia, czy plik cookie spełnia KRYTERIUM A czy B. Powiedzmy, że plik cookie jest wykorzystywany do uwierzytelniania użytkowników logujących się na stronie. Taki plik cookie jest wykorzystywany, aby zapewnić, że użytkownik będzie mógł mieć dostęp tylko do treści, do których jest uprawniony. Podobny plik cookie może być wykorzystywany do identyfikacji i śledzenia użytkowników w domenie oraz dostarczania dopasowanych treści lub reklam w oparciu o profil przechowywany przez operatora strony internetowej. Oba pliki cookie mogą być podobne pod względem rodzaju (tj. sesyjne lub trwałe); mieć podobną datę wygaśnięcia; lub być w rzeczywistości kontrolowane przez strony trzecie. Zagrożenie dla

³ Niektóre z niedawnych technologii często nazywane „Ever-cookies” lub „Zombie-cookies” pozwalają, aby pliki cookie trwały pozostały na terminalu użytkownika, mimo racjonalnych wysiłków na rzecz ich usunięcia. Jest mało prawdopodobne, że takie pliki cookie zostaną zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody w jakimkolwiek scenariuszu.

ochrony danych wynika raczej z celu (celów) przetwarzania niż z informacji zawartych w pliku cookie.

I wreszcie, to cel i określone wdrożenie lub przetwarzanie musi być wykorzystane do ustalenia, czy plik cookie może być zwolniony z obowiązku pozyskiwania zgody zgodnie z KRYTERIUM A lub B czy też nie.

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

Podczas gdy możliwe jest wykorzystanie pliku cookie do kilku celów, taki plik cookie może być zwolniony z wymogu pozyskania zgody tylko, jeżeli każdy z odrębnych celów, w których plik cookie jest wykorzystywany, jest indywidualnie zwolniony z wymogu pozyskania zgody.

Na przykład możliwe jest stworzenie pliku cookie, który posiada niepowtarzalną nazwę lub wartość, który może być wykorzystany zarówno do zapamiętania preferencji użytkownika, jak i w celu śledzenia. Podczas gdy zapamiętanie preferencji użytkownika można w niektórych okolicznościach uznać za podlegające wyjątkowi (co zilustrowano w części 3.6), jest niezwykle mało prawdopodobne, aby śledzenie spełniało KRYTERIUM A lub B. W takiej sytuacji, strona internetowa nadal będzie musiała uzyskać zgodę użytkownika na cel, jakim jest śledzenie. W praktyce powinno to zachęcić właścicieli stron internetowych do wykorzystywania innego pliku cookie dla każdego odrębnego celu.

Jak już Grupa Robocza podkreśliła w Opinii 16/2012, jeżeli strona internetowa wykorzystuje kilka plików cookie lub pliki cookie, które obejmują kilka celów, nie oznacza to, że musi przedstawić odrębny „banner” lub prośbę o wyrażenie zgody dla każdego pliku cookie lub celu. W większości przypadków wystarczający jest jeden punkt z informacją i prośbą o wyrażenie zgody, przedstawionymi w jasny i zrozumiały sposób.

3. Scenariusze wykorzystania pliku cookie

W tej części wcześniej analizowane kryteria dotyczące wyjątków w zakresie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie zastosowano w powszechnych scenariuszach wykorzystania pliku cookie.

3.1. „User-input cookies” (pliki cookie dla treści wprowadzanych przez użytkownika)

Pojęcie „user input cookies” można stosować jako ogólne pojęcie opisujące sesyjne pliki cookie, które są wykorzystywane do śledzenia wprowadzanych przez użytkownika treści w formie wymiany szeregu wiadomości z dostawcą usługi w konsekwentny sposób. Byłyby to pliki cookie administratora („first party cookies”) z reguły oparte na identyfikatorze sesji (losowy, tymczasowy, niepowtarzalny numer) i wygaszałyby najpóźniej po zakończeniu sesji.

Sesyjne pliki cookie administratora dla treści wprowadzanych przez użytkownika („first party user input session cookies”) są zazwyczaj wykorzystywane do śledzenia treści wprowadzanych przez użytkownika przy wypełnianiu kilkustronicowych formularzy online lub w przypadku kompletowania zamówienia w sklepie internetowym [wypełniania koszyka zakupami], w celu śledzenia, jakie elementy wybrał użytkownik klikając w przycisk (np. „dodaj do mojego koszyka”).

Takie pliki cookie są ewidentnie potrzebne do świadczenia usługi informacyjnej wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Dodatkowo są związane z działaniem użytkownika (takim jak kliknięcie w przycisk czy wypełnianie formularza). Jako takie, te pliki cookie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody zgodnie z KRYTERIUM B.

3.2 Uwierzytelniające pliki cookie („authentication cookies”)

Uwierzytelniające pliki cookie są wykorzystywane do identyfikacji użytkownika po zalogowaniu się przez niego (np. na stronie internetowej banku online). Te pliki cookie są potrzebne do umożliwienia użytkownikom uwierzytelniania się podczas kolejnych odwiedzin strony internetowej oraz uzyskania dostępu do uwierzytelnionej treści, np. sprawdzania przez użytkowników swojego stanu konta, transakcji, etc. Uwierzytelniające pliki cookie to zazwyczaj pliki sesyjne. Możliwe jest również wykorzystanie trwałych plików cookie, ale nie można ich uznawać za identyczne, jak omówiono poniżej.

Gdy użytkownik się loguje, wyraźnie prosi o dostęp do treści lub funkcji, do których jest upoważniony. Bez zastosowania tokena uwierzytelniającego przechowywanego w pliku cookie, użytkownik musiałby podawać nazwę użytkownika/hasło w przypadku każdej żądanej strony. W związku z tym ta funkcja uwierzytelniania jest niezbędną częścią usługi społeczeństwa informacyjnego wyraźnie żądanej przez użytkownika. Jako takie, te pliki cookie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody zgodnie z KRYTERIUM B.

Jednakże należy koniecznie zauważyć, że użytkownik ma tylko dostęp do strony na żądanie oraz do określonej funkcji umożliwiającej mu wykonanie wymaganego zadania. Czynność uwierzytelniania nie może być wykorzystana jako możliwość do wykorzystania pliku cookie do innych wtórnych celów, takich jak monitoring behawioralny czy reklama bez zgody.

Trwałe pliki cookie umożliwiające automatyczne logowanie („persistent login cookies”), które przechowują token uwierzytelniający w sesjach przeglądarki, nie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody w ramach KRYTERIUM B. Jest to ważne rozróżnienie, ponieważ użytkownik może nie od razu zdać sobie sprawę z faktu, że zamknięcie przeglądarki nie wyczyści jego ustawień dotyczących uwierzytelniania. Użytkownik może ponownie wejść na stronę zakładając, że jest anonimowy, podczas gdy w rzeczywistości nadal jest zalogowany w usłudze. Uznawana za powszechną metodą polegającą na zastosowaniu pola wyboru lub zwykłej notki informacyjnej, takiej jak „pamiętaj mnie (wykorzystuje pliki cookie)”, przy formularzu do przesłania byłaby odpowiednim sposobem uzyskania zgody, w ten sposób negując potrzebę zastosowania wyjątku w tym przypadku.

3.3 User centric security cookies (pliki cookie zorientowane na bezpieczeństwo usługi dla użytkownika)

Wyjątek dotyczący uwierzytelniających plików cookie w ramach KRYTERIUM B (jak opisano powyżej) może być rozszerzony i objąć inne pliki cookie ustanawiane dla określonego zadania polegającego na zwiększeniu bezpieczeństwa usługi wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Dotyczy to na przykład plików cookie wykorzystywanych do wykrywania powtarzających się nieudanych prób logowania na stronie internetowej czy też innych podobnych mechanizmów mających na celu ochronę systemu logowania przed naruszeniami (choć w praktyce może to być słabe zabezpieczenie). Jednakże ten wyjątek nie dotyczyłby wykorzystania plików cookie, które dotyczą bezpieczeństwa stron internetowych lub usług strony trzeciej, które nie zostały wyraźnie zażądane przez użytkownika.

Podczas gdy pliki umożliwiające logowanie mają generalnie takie ustawienia, że wygasają pod koniec sesji, zakłada się, że pliki cookie zorientowane na bezpieczeństwo użytkownika będą miały dłuższy cykl życia, aby osiągnąć ich cel, jakim jest bezpieczeństwo.

3.4. Multimedia player session cookies (sesyjne pliki cookie dla odtwarzaczy multimedialnych)

Sesyjne pliki cookie dla odtwarzaczy multimedialnych są wykorzystywane do przechowywania danych technicznych niezbędnych do odtwarzania treści wideo lub audio, takich jak jakość obrazu, szybkość transmisji danych i parametry buforowania. Te sesyjne pliki cookie dla multimediiów są powszechnie znane jako „flash cookies”, zwane tak, ponieważ najpowszechniejszą internetową technologią wideo stosowaną dziś jest Adobe Flash. W związku z tym, że nie istnieje potrzeba długiego przechowywania tych informacji, powinny wygasnąć z chwilą zakończenia sesji.

Gdy użytkownik odwiedza stronę internetową zawierającą powiązane treści tekstowe i wideo, oba te rodzaje treści są na równi częścią usługi wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Zatem funkcja wyświetlenia wideo spełnia KRYTERIUM B.

Jak już podkreślono w części 3.2, aby skorzystać z wyjątku, operatorzy strony internetowej muszą unikać włączania dodatkowych informacji do „flash cookies” lub innych plików cookie, które nie są szczególnie niezbędne do odtworzenia treści multimedialnych.

3.5. Load balancing session cookies (pliki sesyjne służące do równoważenia obciążenia)

Równoważenie obciążenia (ang. “load balancing”) to technika, która pozwala na rozdzielenie przetwarzania zapytań do serwera wśród puli maszyn zamiast powierzenia go tylko jednej. Jedną z technik wykorzystywanych do osiągnięcia zrównoważenia obciążenia oparta jest na „równoważniku obciążenia”: zapytania do serwera („web requests”) pochodzące od użytkowników kierowane są do bramki równoważącej obciążenie, która przekazuje zapytanie do jednego z dostępnych wewnętrznych serwerów w puli. W niektórych przypadkach to przekierowanie musi być trwałe w trakcie sesji: wszystkie zapytania pochodzące od określonego użytkownika zawsze muszą być przekazywane do tego samego serwera w puli, aby zachować spójność przetwarzania. Wśród kilku technik, plik cookie może być wykorzystany do zidentyfikowania serwera w puli, aby równoważnik obciążenia mógł odpowiednio przekierować zapytania. Są to sesyjne pliki cookie.

Jedynym celem informacji zawartych w pliku cookie jest identyfikacja jednego z punktów końcowych komunikacji (jednego z serwerów w puli) i tym samym informacje te są niezbędne do realizacji komunikacji za pośrednictwem sieci. Jako takie, te pliki cookie są zwolnione zgodnie z KRYTERIUM A.

3.6. UI customization cookies (pliki cookie zapamiętujące ustawienia interfejsu użytkownika)

Pliki cookie zapamiętujące ustawienia interfejsu użytkownika są wykorzystywane do przechowywania preferencji użytkownika dotyczących usługi na stronach internetowych i nie są powiązane z innymi trwałymi identyfikatorami, takimi jak nazwa użytkownika. Są ustanawiane tylko wówczas, gdy użytkownik wyraźnie zażądał, aby usługa zapamiętała określoną informację, na przykład klikając w przycisk lub zaznaczając pole. Mogą to być pliki sesyjne lub też pliki mające cykl życia liczony w tygodniach czy miesiącach, w zależności od ich celu.

Typowe przykłady plików cookie zapamiętujących ustawienia to:

- Pliki cookie zapamiętujące wybrany język („language preference cookies”), które są wykorzystywane do zapamiętania języka wybranego przez użytkownika na wielojęzycznej stronie (np. poprzez kliknięcie na „flagę”).

- Pliki zapamiętujące preferencje dotyczące wyświetlania wyników wyszukiwania („result display preference cookies”), które są wykorzystywane do zapamiętania preferencji użytkownika dotyczących zapytań online (np. poprzez wybranie liczby wyników wyszukiwania przypadających na stronę).

Zatem te funkcje służące dostosowaniu ustawień są wyraźnie wybierane przez użytkownika usługi społeczeństwa informacyjnego (np. poprzez kliknięcie w przycisk lub zaznaczenie pola), choć przy braku dodatkowych informacji zamiaru użytkownika nie można interpretować jako preferencji, aby wybór ten był zapamiętany przez czas dłuższy niż sesja przeglądarki (bądź nie dłużej niż kilka dodatkowych godzin). W tej sytuacji tylko sesyjne pliki cookie (lub krótkotrwałe pliki cookie) przechowujące takie informacje są zwolnione zgodnie z KRYTERIUM B. Dodanie dodatkowych informacji w widocznym miejscu (np. napis „wykorzystuje pliki cookie” tuż obok flagi) stanowiłoby wystarczającą informację potrzebną do ważnej zgody na zapamiętanie preferencji użytkownika przez dłuższy czas, negując wymóg zastosowania w tym przypadku wyjątku.

3.7. Social plug-in content sharing cookies (pliki cookie dla wtyczek portali społecznościowych pozwalających na wymianę treści)

Wiele portali społecznościowych oferuje wtyczki („social plug-in modules”), które operatorzy stron internetowych mogą umieścić na swojej platformie, szczególnie w celu umożliwienia użytkownikom portali społecznościowych wymiany treści, jakie chcą, ze swoimi „znajomymi” (oraz oferują inne powiązane funkcje, takie jak publikowanie komentarzy). Te wtyczki przechowują pliki cookie i mają do nich dostęp na terminalu użytkownika w celu umożliwienia portalowi społecznościowemu identyfikacji jego użytkowników, gdy korzystają oni z takich wtyczek.

Przy analizie tego przypadku wykorzystania ważne jest, aby odróżnić użytkowników, którzy „zalogowali się” na koncie określonego portalu społecznościowego poprzez swoją przeglądarkę od „nie zalogowanych” użytkowników, którzy albo po prostu nie są członkami tego portalu społecznościowego albo „rozłączyli się” ze swoim kontem na portalu społecznościowym.

W związku z tym, że wtyczki z definicji są przeznaczone dla członków określonego portalu społecznościowego, nie są one przydatne dla osób nie będących członkami portalu i w związku z tym nie spełniają KRYTERIUM B dla tych użytkowników. Można to zastosować również do rzeczywistych członków portalu społecznościowego, którzy wyraźnie „się wylogowali” z platformy i w tej sytuacji nie oczekują już, że będą dalej „połączeni” z portalem społecznościowym. W związku z tym zgoda osób nie będących członkami portalu lub „wylogowanych” członków jest potrzebna przed wykorzystaniem plików cookie strony trzeciej przez wtyczki portali społecznościowych.

Z drugiej strony, wielu „zalogowanych” użytkowników oczekuje, że będą mieli możliwość wykorzystywania wtyczek portali społecznościowych i dostępu do nich na stronach internetowych stron trzecich. W tym konkretnym przypadku plik cookie jest szczególnie niezbędny do zapewnienia funkcji wyraźnie zażądanej przez użytkownika i ma zastosowanie KRYTERIUM B. Takie pliki cookie to sesyjne pliki cookie⁴: aby spełnić określony cel, ich cykl życia powinien się zakończyć, gdy użytkownik „wylogowuje się” ze swojego portalu społecznościowego lub gdy przeglądarka jest zamknięta. Portale społecznościowe, które chcą wykorzystać pliki cookie w dodatkowych celach (lub przez dłuższy czas) poza KRYTERIUM

⁴ W części 3.2 wykazano, że trwale uwierzytelniające pliki cookie nie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody.

B mają szerokie możliwości w zakresie poinformowania i uzyskania zgody swoich członków na samym portalu społecznościowym.

4. Pliki cookie nie zwolnione z obowiązku pozyskiwania zgody

Ta część odwołuje się do lub wyjaśnia scenariusze wykorzystania plików cookie, nie podlegające wyłączeniu przyznanemu zgodnie z KRYTERIUM A lub B.

4.1. Social plug-in tracking cookies (pliki cookie dla wtyczek pozwalających na śledzenie)

Jak opisano wcześniej, wiele portali społecznościowych oferuje wtyczki („social plug-in modules”), które operatorzy stron internetowych mogą umieścić na swojej platformie, aby świadczyć niektóre usługi, które można uznać za „wyraźnie zażądane” przez swoich członków. Jednak te wtyczki mogą być również wykorzystane do śledzenia osób fizycznych, zarówno członków, jak i osób nie będących członkami, wraz z plikami cookie stron trzecich do dodatkowych celów, np. takich jak reklama behawioralna, cele analityczne czy badanie rynku.

W przypadku takich celów tych plików cookie nie można uznać za „szczególnie niezbędne” do zapewnienia funkcji wyraźnie zażądanej przez użytkownika. Toteż tych śledzących plików cookie (tracking cookies) nie można zwolnić z wymogu pozyskania zgody w ramach KRYTERIUM B. Bez zgody mało prawdopodobne wydaje się, aby istniała podstawa dla portali społecznościowych do gromadzenia danych z wykorzystaniem wtyczek portali społecznościowych na temat osób nie będących członkami tych portali. Zatem wtyczki portali społecznościowych powinny mieć takie ustawienia domyślne, aby nie ustawiać pliku cookie strony trzeciej na stronach wyświetlanych dla osób nie będących członkami portali. Z drugiej strony, jak wcześniej zauważono, portale społecznościowe mają szerokie możliwości pozyskania zgody od swoich członków bezpośrednio na swoim portalu społecznościowym, jeżeli chcą prowadzić działania w zakresie śledzenia, pod warunkiem że zapewniły użytkownikom jasne i zrozumiałe informacje na temat takich działań.

4.2. Reklama stron trzecich

Pliki cookie strony trzeciej wykorzystywane na potrzeby reklamy behawioralnej nie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody, na co już Grupa Robocza szczegółowo zwróciła uwagę w Opinii 2/2012 oraz Opinii 15/2011. Oczywiście ten wymóg pozyskania zgody ma zastosowanie również do wszystkich rodzajów operacyjnych plików cookie stron trzecich wykorzystywanych w reklamie, w tym plików cookie wykorzystywanych w celu tzw. „frequency capping”, „financial logging”, „add affiliation”, wykrywanie oszustw internetowych (tzw. „click fraud”), badań i analiz rynku, poprawiania produktów oraz debugowania („debugging”), ponieważ żadnego z tych celów nie można uznać za związane z usługą lub funkcją usługi społeczeństwa informacyjnego *wyraźnie zażądanej przez użytkownika*, czego wymaga KRYTERIUM B.

W tej kwestii Grupa Robocza aktywnie uczestniczy od 22 grudnia 2011 r. w pracach World Wide Web Consortium (W3C), mających na celu normalizację technologii oraz znaczenia mechanizmu „Do Not Track” („Nie śledź”). Zważywszy na fakt, że pliki cookie często zawierają niepowtarzalne identyfikatory, które pozwalają na śledzenie zachowania użytkownika na przestrzeni czasu i na stronach internetowych oraz możliwe łączenie tych identyfikatorów z innymi identyfikującymi lub identyfikowalnymi danymi, Grupa Robocza ma obawy co do ewentualnego wyłączenia z mechanizmu Do Not Track określonych plików cookie, które są rzekomo niezbędne do celów operacyjnych. Do takich celów należą:

„frequency capping”, „financial logging”, audyt strony trzeciej, bezpieczeństwo, treść kontekstowa, badania i statystyka rynkowa, poprawianie produktów oraz debugowanie⁵. Aby standard Do Not Track zapewnił zgodność dla firm oferujących pliki cookie obywatelom europejskim, Do Not Track (Nie śledź) musi faktycznie oznaczać „Do Not Collect” (Nie gromadź), bez wyjątków. W związku z tym, gdy użytkownik wybrał opcję, aby nie być śledzonym (DNT=1) nie może być ustanowiony czy też w inny sposób przetwarzany żaden identyfikator do celu śledzenia. Dostępne są rozwiązania techniczne (i obecnie opracowuje się ich coraz więcej), w celu skutecznego stosowania „privacy by design” (uwzględnianie ochrony prywatności w fazie projektowania), zarówno w ramach przeglądarki internetowej, jak i na serwerze w celu osiągnięcia celów operacyjnych opisanych powyżej.

4.3. Statystyka administratora („first party analytics”)

Poprzez statystykę rozumie się narzędzia analityczne umożliwiające pomiar statystyczny odwiedzających strony internetowe, które często oparte są na plikach cookie. Narzędzia te są szczególnie wykorzystywane przez właścicieli stron internetowych do oszacowania liczby unikalnych odwiedzających, do wykrywania najważniejszych słów kluczowych wyszukiwarek, które prowadzą do strony internetowej lub śledzą kwestie nawigacji strony internetowej. Dostępne dziś narzędzia analityczne wykorzystują szereg różnych modeli gromadzenia i analizy danych, z których każdy pociąga za sobą różne zagrożenia w zakresie ochrony danych. System analityczny administratora oparty na plikach cookie administratora („first party cookies”) wyraźnie pociąga za sobą różne zagrożenia w porównaniu z systemem analitycznym strony trzeciej opartym na plikach cookie strony trzeciej. Istnieją również narzędzia, które stosują pliki cookie administratora, a analizy dokonuje inna strona. Taka inna strona będzie uznawana za współ-administratora lub za przetwarzającego w zależności od tego, czy wykorzystuje dane do własnych celów lub gdy jest to zabronione na mocy postanowień technicznych lub umownych.

Podczas gdy narzędzia te często są uważane za „szczególnie niezbędne” dla operatorów stron internetowych, nie są szczególnie niezbędne do zapewnienia funkcji wyraźnie zażądanej przez użytkownika (lub abonenta). W rzeczywistości użytkownik może mieć dostęp do wszystkich funkcji zapewnianych na stronie internetowej, gdy takie pliki cookie są wyłączone. W rezultacie te pliki cookie nie podlegają wyłączeniu określone w KRYTERIUM A lub B.

Jednakże Grupa Robocza uważa, że jest mało prawdopodobne, aby analityczne pliki cookie administratora stworzyły zagrożenie dla prywatności, gdy są ściśle ograniczone do skumulowanych celów statystycznych administratora oraz gdy są wykorzystywane przez strony internetowe, które już zapewniają jasne informacje na temat tych plików cookie w swojej polityce prywatności jak również odpowiednie gwarancje prywatności. Oczekuje się, że takie gwarancje (zabezpieczenia) będą obejmowały przyjazny dla użytkownika mechanizm rezygnacji z gromadzenia danych (tzw. mechanizm opt-out) oraz zrozumiałe mechanizmy anonimizacji, stosowane w odniesieniu do innych gromadzonych identyfikowalnych informacji, takich jak adresy IP.

W tej kwestii, jeżeli artykuł 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE zostanie zrewidowany w przyszłości, europejski ustawodawca może odpowiednio dodać trzecie kryterium do zastosowania wyjątku w zakresie pozyskiwania zgody na zapisywanie plików cookie, które są ściśle ograniczone do zanonimizowanych i skumulowanych celów statystycznych administratora.

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

Statystykę administratora („first party analytics”) należy wyraźnie odróżnić od statystyki strony trzeciej, która wykorzystuje powszechne pliki cookie strony trzeciej w celu gromadzenia informacji nawigacyjnych dotyczących użytkowników na różnych stronach internetowych, i która stanowi znacznie większe zagrożenie dla prywatności.

5. Podsumowanie i wytyczne

Analiza wykazała, że z wymogu pozyskiwania świadomej zgody mogą być zwolnione następujące pliki cookie pod określonymi warunkami, jeżeli nie są wykorzystywane do dodatkowych celów:

- 1) „User input cookies” (identyfikator sesji), przez czas trwania sesji lub trwałe pliki cookie w niektórych przypadkach ograniczone do kilku godzin.
- 2) Uwierzytelniające pliki cookie, wykorzystywane do celów uwierzytelnionych usług, przez czas trwania sesji.
- 3) Pliki cookie zorientowane na bezpieczeństwo usługi dla użytkownika, wykorzystywane do wykrywania naruszeń uwierzytelniania, przez ograniczony ciągły czas.
- 4) Pliki sesyjne dla odtwarzaczy multimedialnych, takie jak pliki cookie dla „flash playera”, przez czas trwania sesji.
- 5) Sesyjne pliki cookie służące do równoważenia obciążenia, przez czas trwania sesji.
- 6) Pliki cookie zapamiętujące ustawienia interfejsu użytkownika, przez czas trwania sesji (lub trochę dłużej).
- 7) Social plug-in content sharing cookies (pliki cookie strony trzeciej dla wtyczek portali społecznościowych pozwalających na wymianę treści)

Odnosząc się do portali społecznościowych, Grupa Robocza zauważa jednak, że wykorzystanie plików cookie strony trzeciej dla wtyczek portali społecznościowych do celów innych niż zapewnienie funkcji wyraźnie zażądanej przez ich własnych członków wymaga zgody, szczególnie gdy cele te obejmują śledzenie użytkowników na stronach internetowych.

Grupa Robocza przypomina, że reklamowe pliki cookie strony trzeciej nie mogą być zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody, oraz wyjaśnia, że zgoda byłaby również niezbędna do celów operacyjnych związanych z reklamą strony trzeciej, takich jak „frequency capping”, „financial logging”, „add affiliation”, wykrywanie oszustw internetowych (tzw. „click fraud”), badań i analiz rynku, poprawiania produktów oraz debugowania („debugging”). Podczas gdy niektóre cele operacyjne mogłyby oczywiście pozwolić na odróżnienie jednego uczestnika od drugiego, w zasadzie cele te nie uzasadniają wykorzystania niepowtarzalnych identyfikatorów. Punkt ten ma szczególne znaczenie w kontekście obecnych dyskusji na temat wdrożenia standardu Do Not Track w Europie.

Niniejsza analiza pokazuje również, że analityczne pliki cookie administratora nie są zwolnione z wymogu pozyskiwania zgody, ale stanowią ograniczone zagrożenia dla prywatności, pod warunkiem że istnieją racjonalne gwarancje (zabezpieczenia), w tym odpowiednie informacje, możliwość łatwej rezygnacji (tzw. „opt-out”) oraz zrozumiałe mechanizmy anonimizacji.

Z analizy oraz ze scenariuszy wykorzystania plików cookie przedstawionych w niniejszej opinii można wywnioskować wstępne wytyczne:

1) Przy zastosowaniu KRYTERIUM A ważne jest, aby przeanalizować, co jest szczególnie niezbędne z punktu widzenia użytkownika, a nie dostawcy usługi.

2) Jeżeli plik cookie jest wykorzystywany do kilku celów, może być zastosowany wyjątek w zakresie pozyskania świadomej zgody tylko, jeśli dla każdego odrębnego celu oddzielnie przewidziany jest taki wyjątek.

3) Istnieje większe prawdopodobieństwo, że sesyjne pliki cookie administratora, a nie trwałe pliki cookie strony trzeciej, będą zwolnione z wymogu pozyskania zgody. Jednakże cel pliku cookie zawsze powinien być podstawą do oceny, czy wyjątek może być zastosowany, a nie techniczna cecha pliku cookie.

I wreszcie, w celu zdecydowania, czy plik cookie jest zwolniony z zasady pozyskania świadomej zgody, ważne jest dokładnie sprawdzenie, czy spełnia jedno z dwóch kryteriów do zastosowania wyjątku określonych w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2009/136/WE. Po dokładnym sprawdzeniu, czy nadal istnieją znaczne wątpliwości co do tego, czy kryterium do zastosowania wyjątku ma zastosowanie, operatorzy stron internetowych powinni dokładnie zbadać, czy w praktyce nie istnieje możliwość uzyskania zgody od użytkowników w prosty nie narzucający się sposób, w ten sposób unikając wszelkiej niepewności prawnej.

Sporządzono w Brukseli dnia 7 czerwca 2012 r.

*W imieniu Grupy Roboczej
Przewodniczący
Jacob KOHNSTAMM*