



Warszawa, 5 lutego 2019 r.

Uwagi Fundacji Panoptykon¹ w sprawie noty Prezydencji dotyczącej prac nad projektem rozporządzenia w sprawie prywatności i łączności elektronicznej²

W nawiązaniu do noty Prezydencji dotyczącej nowej wersji rozporządzenia ePrivacy, Fundacja Panoptykon nie zgłasza uwag do zaproponowanych zmian w projekcie.

Jednocześnie wobec braku zmian w końcowej części motywu 21 projektu chcielibyśmy ponownie przytoczyć uwagi przedstawione w piśmie z 24 października 2018 r., uzupełnione o informacje o ostatnich działaniach francuskiego organu nadzorczego CNIL, który nałożył na Google karę 50 mln euro, jak również o złożonych przez Fundację Panoptykon skargach na Google i Interactive Advertising Bureau.

1. Śledzenie aktywności użytkowników w celach reklamowych jako niezbędne do świadczenia usług

Stanowczo sprzeciwiamy się zmianom wprowadzonym w motywie 21 projektu:

„In some cases the use of processing and storage capabilities of terminal equipment and the collection of information from end-users' terminal equipment may also be necessary for providing an information society service, requested by the end-user, that is wholly or mainly financed by advertising provided that, in addition, the end-user has been provided with clear, precise and user-friendly information about the purposes of cookies or similar devices and has accepted such use”.

U podstaw tej zmiany leży założenie, że śledzenie aktywności użytkowników w Internecie w celach reklamowych jest nieodłącznym elementem usług, których źródłem finansowania są reklamy. **Takie podejście otwiera furtkę do permanentnego śledzenia aktywności użytkowników bez ich zgody, co drastycznie obniża standardy wynikające z RODO. Tymczasem taki czy inny model biznesowy wybrany przez podmiot świadczący usługę nie może uzasadniać ingerencji w prawa podstawowe użytkowników.**

Wysoki stopień ingerencji w prywatność technik stosowanych przy dopasowywaniu reklamy behawioralnej wielokrotnie podkreślała Grupa Robocza Art. 29, m.in. w Opinii 2/2010 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej (WP 171)³. W tej opinii Grupa stanowczo opowiedziała się za **wyraźną zgodą**, jako podstawą prawną takiego przetwarzania danych. Z kolei w wytycznych w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji w indywidualnych przypadkach i profilowania (WP 251), Grupa Robocza wskazała, że **w kontekście reklamy targetowanej może również dochodzić do podejmowania zautomatyzowanych decyzji**, o których mowa w art. 22 RODO.

¹ Stanowisko przygotowane przez Karolinę Iwańską.

² Nota z 4 lutego 2019 r., 5934/19.

³ <https://giodo.gov.pl/pl/1520057/3593>

Sformułowanie „has accepted such use” jest niejednoznaczne w kontekście przepisów RODO, ponieważ nie odwołuje się do terminu „consent”, standardowo używanego na określenie zgody. W konsekwencji może to doprowadzić do zamieszczania postanowień dotyczących stosowania ciasteczek i podobnych technologii w celach śledzenia i profilowania użytkowników **w regulaminach usług**, których treści użytkownicy – ze względu na istotną nierównowagę sił – **nie mają możliwości negocjować z dostawcami usług**.

Konsekwencją zaproponowanego rozwiązania będzie w praktyce **zmuszenie użytkowników do przekazywania ich danych do celów reklamowych, wbrew ich intencjom i oczekiwaniom**. Przykładowo, osoba korzystająca z aplikacji fitness oczekuje, że usługa, którą ta aplikacja świadczy, polega na monitorowaniu czasu i trasy treningów, i to w tym celu użytkownik pozwala aplikacji śledzić m.in. swój stan zdrowia czy lokalizację. Nie sposób jednak uznać, że nieodłączną częścią tej usługi jest wykorzystywanie tego typu informacji w celach reklamowych, zwłaszcza, jeśli weźmiemy pod uwagę, że nawet historia przeglądanych stron czy historia lokalizacji mogą ujawniać dane wrażliwe, np. informacje o zdrowiu, wyznaniu, poglądach politycznych czy seksualności. **Jednak chęć rezygnacji z otrzymywania reklam targetowanych będzie w takim modelu wiązała się automatycznie z rezygnacją z usługi (tzw. podejście *take it or leave it*)**. Taką praktykę stosują już takie firmy jak Facebook czy Google, twierdząc, że niezbędnym elementem ich usług jest śledzenie i profilowanie użytkowników w celu dopasowywania treści. Te postanowienia regulaminów portali – jako niezgodne z RODO, ponieważ w praktyce wymuszające zgodę na profilowanie – zostały zakwestionowane przed organami nadzorczymi w innych państwach: 21 stycznia 2019 r. **francuski organ nadzorczy CNIL nałożył na Google karę 50 mln euro za wymuszanie zgody użytkowników na śledzenie i profilowanie w celach reklamowych podczas korzystania z jego usług**⁴.

W końcu, ekosystem reklamy targetowanej jest wyjątkowo skomplikowany technicznie i nietransparentny. Nawet profilując użytkowników w oparciu o zgodę (tak jak ma to obecnie miejsce na większości portali), firmy nie przekazują użytkownikom wystarczających informacji na temat funkcjonowania tych mechanizmów. Wprowadzenie wytrychu polegającego na możliwości śledzenia użytkowników bez ich zgody, w ramach oferowanej usługi, nie przyczyni się do podwyższenia świadomości użytkowników, wręcz przeciwnie – **wzmocni ich poczucie braku kontroli nad informacjami na swój temat w Internecie**.

W reakcji na masowe naruszanie przepisów RODO w ramach ekosystemu reklamy behawioralnej, Fundacja Panoptykon złożyła 28 stycznia 2019 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych skargi na Google i Interactive Advertising Bureau – podmioty, które są faktycznymi regulatorami tego rynku⁵. W tym samym dniu opublikowaliśmy raport „Śledzenie i profilowanie w sieci. Jak z klienta stajesz się towarem”, w którym opisujemy techniczny przebieg procesu doboru reklamy behawioralnej (tzw. mechanizm *real-time bidding*) oraz związane z nim negatywne konsekwencje dla prywatności użytkowników⁶.

Podsumowując, Fundacja Panoptykon postuluje, aby Rząd RP podczas posiedzenia grupy roboczej dążył do wprowadzenia w projekcie zmian zapewniających wysoki standard

⁴ <https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc>

⁵ <https://panoptykon.org/panoptykon-skarzy-iab-google>

⁶ https://panoptykon.org/sites/default/files/publikacje/panoptykon_raport_o sledzeniu_final.pdf

ochrony prywatności użytkowników i poufności komunikacji, w szczególności poprzez stanowczy sprzeciw wobec propozycji nowego brzmienia motywu 21 i dążenie do wprowadzenia wymogu uzyskania wyraźnej zgody użytkownika na stosowanie technologii śledzących w celach reklamowych.