

**Xawery Konarski**

TKP Kancelaria Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy

xawery.konarski@traple.pl

ORCID: 0000-0003-4428-1900

<https://doi.org/10.26881/gsp.2021.4.06>

## **Administracyjna kara finansowa w sprawie *cookies*. Komentarz na kanwie postanowienia Krajowej Komisji Informatyki i Wolności we Francji (CNIL) z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie *Amazon Europe Core*, SAN-2020-013**

### **1. Wprowadzenie**

Problematyka prawna korzystania z identyfikatorów internetowych, takich jak pliki *cookies*<sup>1</sup>, jest jedną z najczęściej poruszanych w kontekście ochrony prywatności i danych osobowych użytkowników usług łączności elektronicznej. Zasady korzystania z nich stały się w ostatnich latach przedmiotem szeregu orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)<sup>2</sup>, a także decyzji organów regulacyjnych w poszczególnych państwach UE<sup>3</sup>.

W dniu 7 grudnia 2020 r. francuski organ ds. ochrony danych osobowych<sup>4</sup> (CNIL) wydał decyzje nakładające kary pieniężne za naruszenie francuskich przepisów dotyczących *cookies* przez amerykańskie podmioty zaliczane do tzw. Big Tech (Amazon, Google)<sup>5</sup>. Sprawy te wywołały ogromne zainteresowanie nie tylko z uwagi na

<sup>1</sup> Pliki *cookies* (tzw. ciasteczka) stanowią dane informatyczne, w szczególności pliki tekstowe, które przechowywane są w urządzeniu końcowym użytkownika strony internetowej. „Ciasteczka” używane są w różnych celach – np. optymalizacji korzystania z treści dostępnych na stronie internetowej, identyfikacji użytkownika, celach analitycznych, reklamowych itp.

<sup>2</sup> Najważniejsze z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości dotyczących *cookies* to: wyrok TSUE z dnia 1 października 2019 r. w sprawie *Planet49 GmbH* (C-673/17), wyrok TSUE z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie *Fashion ID GmbH & Co. KG* (C-40/17) oraz wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* (C-210/16).

<sup>3</sup> Przykładem rozstrzygnięcia tego rodzaju jest decyzja hiszpańskiego organu nadzorczego (AEPD) z dnia 3 marca 2020 r. w sprawie *Twitter Inc.* (PS/00299/2019).

<sup>4</sup> Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (Krajowa Komisja Informatyki i Wolności).

<sup>5</sup> Decyzja CNIL z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie *Amazon Europe Core* (SAN-2020-013) oraz decyzja CNIL z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie *Google LLC* oraz *Google Ireland* (SAN-2020-012). W dalszej części niniejszego artykułu omówiono decyzję w sprawie *Amazon Europe Core*. Warto w związku z tym podkreślić, że stan faktyczny i prawny oraz uzasadnienie decyzji CNIL w sprawach *Google LLC* oraz

rekordową wysokość kar (łącznie 100 mln euro), ale przede wszystkim na dokonane w nich przez CNIL rozstrzygnięcie szeregu istotnych zagadnień dotyczących wzajemnej relacji przepisów o e-prywatności oraz o ochronie danych osobowych (RODO), a także związanych z tym kompetencji krajowych organów nadzorczych w sytuacjach transgranicznego przetwarzania danych. Problematyka ta zostanie omówiona w niniejszym artykule w ramach analizy decyzji CNIL, dotyczącej spółki Amazon Europe Core S.à r.l. (AEC; spółka AEC).

## 2. Stan faktyczny i prawny

Analizowana sprawa dotyczyła oceny przez CNIL prawidłowości procesu zapisywania plików cookies po wejściu na stronę amazon.fr, w szczególności w zakresie, w jakim pliki te były instalowane na urządzeniach odwiedzających tę witrynę użytkowników, znajdujących się na terytorium Francji. Uczestnikami postępowania były dwie spółki z grupy Amazon: Amazon Online France SAS z siedzibą we Francji oraz spółka AEC z siedzibą w Luksemburgu. Pierwszy z tych podmiotów zajmuje się promocją i sprzedażą we Francji produktów i usług reklamy internetowej, opracowanych oraz zarządzanych przez spółkę AEC i działających w oparciu o dane gromadzone za pomocą cookies. Głównym przedmiotem działalności spółki AEC jest z kolei prowadzenie europejskich stron internetowych „Amazon”, poprzez które realizowana jest sprzedaż internetowa towarów. Jedną z zarządzanych przez AEC witryn jest strona internetowa amazon.fr, dostępna pod adresem URL <https://www.amazon.fr>. Roczny obrót AEC w roku, w którym wszczęto postępowanie (2019) wyniósł 7,7 mld euro.

Postępowanie kontrolne zostało formalnie zainicjowane przez CNIL w dniu 29 listopada 2019 r. W jego trakcie dokonano m.in. trzykrotnych oględzin witryny amazon.fr, a także kontroli w siedzibie francuskiej spółki Amazon Online France SAS. W sprawie wymieniane były również liczne pisma pomiędzy organem a spółkami z grupy Amazon.

Na podstawie zgromadzonego materiały dowodowego, CNIL ustalił, że po bezpośrednim wejściu przez użytkowników na witrynę amazon.fr lub po przekierowaniu ich na tą stronę przez baner reklamowy umieszczony na stronach podmiotów trzecich, na urządzeniach internautów znajdujących się na terytorium Francji instalowane były pliki cookies. Do czynności tych dochodziło bez wiedzy i zgody użytkowników, a podmiotem decydującym o sposobie wykonania tych czynności była spółka AEC. Zbierane w ten sposób informacje o użytkownikach były następnie wykorzystywane zarówno na cele spersonalizowanej reklamy spółek Amazon (*first party cookies*), jak i innych podmiotów, które instalowały cookies w porozumieniu z Amazonem (*third party cookies*).

Oceny prawnej przedstawionego powyżej stanu faktycznego francuski organ ds. ochrony danych osobowych dokonał na podstawie art.82 francuskiej ustawy

---

Google Ireland zawierają wiele elementów wspólnych.

o ochronie danych osobowych<sup>6</sup>. Przepis ten stanowi implementację art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE<sup>7</sup>, w wersji zmienionej dyrektywą 2009/136/WE<sup>8</sup>. Zgodnie z jego treścią, każdy abonent lub użytkownik usługi łączności elektronicznej musi zostać poinformowany „w jasny i wyczerpujący sposób”, o celu, dla którego w jego urządzeniu końcowym są przechowywane informacje lub uzyskiwany dostęp do tych informacji (np. za pomocą cookies), a także o sposobie, w jaki może się sprzeciwić dokonywaniu takich czynności. Poza wyjątkami opisanymi w ustawie (a które nie znalazły zastosowania w analizowanej sprawie), abonent lub użytkownik musi również, po otrzymaniu powyższych informacji, wyrazić zgodę na dokonanie tych czynności, a zgoda ta może także zostać uzyskana poprzez „odpowiednie ustawienia parametrów jego urządzenia”.

Zgodnie z art. 16 francuskiej ustawy, CNIL – oprócz nadzoru nad przestrzeganiem przepisów RODO – ma również kompetencję do kontroli przestrzegania przepisów stanowiących implementację dyrektywy 2002/58/WE. W przypadku stwierdzonych naruszeń przepisów o e-prywatności, CNIL ma również określone uprawnienia naprawcze, a także prawo do nałożenia sankcji administracyjnych, w tym kar pieniężnych (art. 20.III). Co istotne, kary pieniężne w takich przypadkach mogą być nakładane w wysokości takiej jak określono w art. 83 ust. 4 RODO, z uwzględnieniem kryteriów ich wymierzania wskazanych w art. 83 RODO (art. 20 III ust. 7 ustawy francuskiej).

### 3. Decyzja CNIL

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, CNIL stwierdził naruszenie przez spółkę AEC przepisu art. 82 ustawy francuskiej i w dniu 7 grudnia 2020 r. wydał decyzję, zgodnie z którą:

- 1) na AEC nałożono karę pieniężną w wysokości 35 mln euro;
- 2) nakazano spółce dostosowanie prowadzonego przetwarzania, w terminie trzech miesięcy od doręczenia niniejszej decyzji, do wymogów art. 82 francuskiej ustawy o ochronie danych, w szczególności poprzez uprzednie poinformowanie osób, których dane dotyczą, w sposób jasny i wyczerpujący, np. za pomocą banera informacyjnego pojawiającego się przy pierwszym wejściu użytkownika na stronę amazon.fr, niezależnie od sposobu, w jaki trafił on na tę stronę:

<sup>6</sup> Loi Informatique et Libertés, N°78-17 z dnia 6 stycznia 1978 r. ze zm.; dalej: francuska ustawa o ochronie danych osobowych; ustawa francuska.

<sup>7</sup> Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), (Dz. Urz. UE L 201, s. 37 ze zm.).

<sup>8</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. Urz. UE L 337, s. 11).

- o dokładnych celach wykorzystywania wszystkich plików cookies, których instalacja jest uzależniona od zgody użytkownika oraz
  - o dostępnych użytkownikom środkach, za pomocą których można wyrazić sprzeciw na dokonanie tej czynności;
- 3) w przypadku niewykonania powyższego nakazu dostosowania przetwarzania do wymogów art. 82 ustawy francuskiej nałożono dodatkową karę w wysokości 100 tys. euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu tego zobowiązania;
- 4) zdecydowano również o podaniu treści decyzji do publicznej wiadomości na stronie internetowej CNIL i na stronie internetowej Légifrance przez okres dwóch lat od jej opublikowania.

Rozstrzygając o wysokości nałożonej kary oraz podaniu treści decyzji do publicznej wiadomości, CNIL wziął pod uwagę – zgodnie z kryteriami określonymi w art. 83 RODO – wymienione niżej okoliczności.

Po pierwsze, skalę naruszenia przez AEC obowiązków określonych w art. 82 ustawy francuskiej, w szczególności fakt niespełnienia w ogóle (lub w nieznacznym zakresie) obowiązku informacyjnego, a także wadliwość sposobu pozyskiwania zgody użytkowników na zapisywanie na ich urządzeniach cookies reklamowych. Naruszenie to uznano za szczególnie poważne, ponieważ przeprowadzona kontrola wykazała, że w trakcie wejścia pojedynczego użytkownika na witrynę amazon.fr, ponad 20 podmiotów współpracujących z AEC instalowało w jego urządzeniu cookies, co prowadziło następnie do wyświetlania mu przez te podmioty reklam internetowych.

Po drugie, istotne znaczenie miała również ilość użytkowników dotkniętych powyższym naruszeniem. W okresie prowadzonego przez CNIL postępowania doszło bowiem do zainstalowania poprzez stronę internetową amazon.fr ponad 300 milionów cookies (identyfikatorów internetowych).

Pod trzecie, wzięto także pod uwagę wysokość globalnego obrotu AEC w 2019 r. (7,7 mld euro), jak również fakt, że prowadzona działalność ma bezpośredni związek z uzyskiwaniem tych przychodów, instalowanie cookies ułatwia bowiem spersonalizowaną reklamę produktów sprzedawanych przez AEC za pomocą witryny amazon.fr.

Powyższe okoliczności, a także dominująca pozycja AEC w sektorze handlu elektronicznego przesądziły o uznaniu, że interes publiczny wymaga podania treści decyzji CNIL do publicznej wiadomości w okresie dwóch lat od jej ogłoszenia.

#### **4. Problematyka prawna wyroku**

Analizowana decyzja CNIL odnosi się do szeregu istotnych i mających uniwersalne znaczenie problemów prawnych związanych ze stosowaniem przepisów krajowych, implementujących dyrektywę o e-prywatności. Zaliczyć do nich należy w szczególności:

- 1) określenie właściwości rzeczowej organu ds. ochrony danych osobowych w zakresie oceny legalności instalowania i dostępu do informacji zapisywanych w plikach cookies, w tym również – w przypadku transgranicznej działalności da-

- nego podmiotu – ewentualnego zastosowania mechanizmu *One Stop Shop* (OSS) – art. 56 i n. RODO;
- 2) wyznaczenie zakresu terytorialnego stosowania przepisów o e-prywatności;
  - 3) określenie zasad dopuszczalnego instalowania i dostępu do informacji przechowywanych w plikach cookies.

## **5. Właściwość rzeczowa CNIL oraz zastosowanie mechanizmu *One Stop Shop***

### **5.1. Argumentacja AEC i CNIL**

W trakcie postępowania, AEC kwestionował kompetencję rzeczową CNIL do rozstrzygnięcia sprawy, twierdząc, że właściwym organem jest organ ds. ochrony danych osobowych w państwie, w którym spółka ma siedzibę, tj. w Luksemburgu. Zdaniem AEC, analizowana sprawa była w bowiem istocie sprawą z zakresu RODO. Przesądza o tym, nierozzerwalny związek pomiędzy instalowaniem cookies, a późniejszym wykorzystaniem danych osobowych w ten sposób zebranych. Istotny jest również sposób implementacji przepisów dyrektywy 2002/58/WE przez francuskiego ustawodawcę, który dokonał jej bezpośrednio w ustawie o ochronie danych osobowych, a nie w odrębnych (sektorowych) przepisach.

Spółka AEC dodatkowo argumentowała, że nawet gdyby przyjąć, że analizowana sprawa nie jest sprawą z zakresu ochrony danych osobowych, to z uwagi na jej transgraniczny charakter, a także brak odpowiednich przepisów w dyrektywie 2020/58/WE określających organy właściwe w takich sytuacjach, zastosowanie do niej w każdym razie powinien znaleźć określony w art.55 i n. RODO mechanizm współpracy pomiędzy organami nadzorczymi (OSS) w różnych państwach Unii Europejskiej. Zgodnie z nim, dla transgranicznego przetwarzania danych osobowych, dokonywanego przez AEC w związku z korzystaniem z cookies, za tzw. wiodący organ nadzorczy powinien zostać uznany organ w Luksemburgu, i to on powinien rozstrzygnąć tę sprawę. Dopuszczalność stosowania mechanizmu OSS określonego w RODO – w niniejszej sprawie uzasadnia okoliczność, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE, jej przepisy uzupełniają – jako *lex specialis* – przepisy o ochronie danych osobowych i w braku odrębnego uregulowania w nich określonego zagadnienia, te ostatnie znajdują zastosowanie jako *lex generalis*.

Z powyższą argumentacją nie zgodził się CNIL. Francuski organ po pierwsze potwierdził, że przedmiotowe postępowanie nie dotyczyło ochrony danych osobowych, ale oceny wykonania wzorowanych na dyrektywie 2002/58/WE i określonych w art. 82 ustawy francuskiej, obowiązków z zakresu ochrony prywatności w sieciach łączności elektronicznej. Francuski organ ds. ochrony danych osobowych podkreślił również, że trzeba dokonać rozróżnienia pomiędzy operacją instalowania i odczytywania informacji zapisywanych na urządzeniach użytkowników a późniejszym przetwarzaniem

danych osobowych w ten sposób zebranych. Do oceny dopuszczalności pierwszej z tych czynności właściwy jest przepis art. 82 ustawy francuskiej, natomiast dla określenia legalności przetwarzania danych osobowych – przepisy RODO.

Jeżeli chodzi o wyznaczenie organu nadzorującego przepisy o e-privacy, to zgodnie z art. 15a) dyrektywy 2002/58/WE (dodanym w dyrektywie 2009/136/WE), ustawodawcy krajowi mają swobodę w określeniu, który z organów ma sprawować nadzór nad przestrzeganiem przepisów krajowych implementujących przepisy dyrektywy. W przypadku Francji zadanie to powierzono organowi do spraw ochrony danych osobowych. Sprawowany w tym zakresie przez CNIL nadzór sprawowany jest więc w celu egzekwowania przestrzegania przepisów dyrektywy 2002/58/WE, a nie przepisów RODO. O braku możliwości posłużenia się mechanizmem OSS, a co za tym idzie – przekazania spraw do „wiodącego organu nadzorczego” w innym państwie, przesądza jednoznacznie treść art. 15a ust. 2 dyrektywy 2002/58/WE, zgodnie z którym – organem odpowiedzialnym za przestrzeganie przepisów ma być „właściwy organ krajowy” w państwie, w którym doszło do naruszenia w danej sprawie, tj. we Francji.

Z powyższych przyczyn CNIL uznał, że po pierwsze, jest właściwy rzeczowo do rozstrzygnięcia sprawy AEC jako organ wskazany w art. 16 ustawy francuskiej do przestrzegania przepisów o e-privacy, a po drugie, brak jest podstaw prawnych do przekazania sprawy organowi luksemburskiemu jako organowi wiodącemu w rozumieniu art. 55 RODO, mechanizm OSS nie znajduje bowiem zastosowania do spraw z zakresu ochrony prywatności, których dotyczy dyrektywa 2002/58/WE.

## 5.2. Komentarz

W analizowanej sprawie kluczowa jest okoliczność dokonania implementacji art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE w ramach francuskiej ustawy o ochronie danych osobowych, a nie – jak to uczyniono w wielu państwach Unii Europejskiej – w ramach sektorowych ustaw dotyczących usług łączności elektronicznej<sup>9</sup>. Zgodnie z przyjętym w ustawie francuskiej rozwiązaniem, CNIL został wyznaczony do nadzoru nad przestrzeganiem przepisów implementujących dyrektywę 2002/58/WE. W konsekwencji, CNIL występuje w dwóch rolach – jako organ ds. ochrony danych osobowych oraz jako organ ds. ochrony prywatności. W postępowaniu dotyczącym AEC decyzja została wydana przez CNIL jako organ nadzorujący przepisy o prywatności.

Za prawidłowe należy uznać stanowisko CNIL o braku stosowania się, określonego w RODO, mechanizmu OSS do transgranicznych spraw dotyczących ochrony przysługujących użytkownikom na podstawie przepisów implementujących dyrektywę 2002/58/WE. Organy nadzorcze powołane do przestrzegania tych ostatnich przepisów mają bowiem niezależną i odrębną od organów ds. ochrony danych osobowych, kompetencję do rozstrzygania tych spraw. Mimo braku w dyrektywie 2002/58/WE odrębnych przepisów dotyczących sytuacji transgranicznego przetwarzania, nie można

<sup>9</sup> Przykładem tego drugiego sposobu implementacji jest Polska. Art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE został bowiem implementowany w art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne z dnia 16 lipca 2004 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 576; dalej: u.p.t., ustawa – Prawo telekomunikacyjne).

w takiej sytuacji stosować przepisów RODO. Stanowisko to jednoznacznie potwierdza opinia Europejskiej Rady Ochrony Danych (EROD), zgodnie z którą „mechanizmy współpracy i spójności dostępne dla organów ochrony danych na podstawie rozdziału VII RODO dotyczą monitorowania stosowania przepisów RODO. Mechanizmów określonych w RODO nie stosuje się do egzekwowania wdrażania dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej na szczeblu krajowym.”<sup>10</sup>.

Francuski organ do spraw ochrony danych osobowych trafnie dokonał również rozróżnienia pomiędzy czynnościami zapisywania i odczytu cookies oraz późniejszego przetwarzania danych osobowych w ten sposób pozyskanych. Konstrukcyjnie są to bowiem, co prawda bezpośrednio powiązane, ale jednak odrębne czynności mające za przedmiot dwa niezależne dobra prawnie chronione: prywatność użytkowników usług łączności elektronicznej oraz dane osobowe. Przepisy o prywatności chronią w szczególności prawo użytkowników do decydowania, czy i w jakim celu w ich urządzeniach końcowych mogą być instalowane i następnie przechowywane różnego rodzaju dane zawierające informacje o nich. Ochrona ta przysługuje użytkownikom niezależnie od charakteru tych informacji, w tym – czy mają charakter danych osobowych. W sytuacji gdy będą miały taki status, zastosowanie znajdą również przepisy RODO w zakresie podstaw dopuszczalnego przetwarzania tych informacji. W konsekwencji takiego rozróżnienia, należy przyjąć, że o ile na instalowanie np. cookies reklamowych bezwzględnie wymagana jest zgoda użytkownika, o tyle nie można wykluczyć przetwarzania danych osobowych w ten sposób zebranych, w oparciu o podstawę prawnie uzasadnionego interesu (art. 6 ust. 1 lit. f RODO. Przewidziany w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE oraz wzorowanym na nim art. 82 ustawy francuskiej, wymóg pozyskania zgody nie określa bowiem podstaw przetwarzania danych osobowych o użytkownikach np. na potrzeby spersonalizowanej reklamy.

Za interesujące uznać należy przyjęte we francuskiej ustawie rozwiązanie, zgodnie z którym w sprawach o naruszenie prywatności CNIL może nakładać kary pieniężne w tej samej wysokości i na takich samych zasadach, jak to przewidziano w art. 83 ust. 4 RODO. Z uwagi na autonomię, którą mają ustawodawcy krajowi w zakresie określania sankcji za naruszenie przepisów implementujących dyrektywę 2002/58/WE, tego rodzaju rozwiązanie jest konstrukcyjnie dopuszczalne i z pewnością przyczynia się do większej spójności w zakresie nakładania kar za różnego rodzaju naruszenia danych osobowych i prywatności w sieciach łączności elektronicznej. Na marginesie trzeba też zauważyć, że odpowiada ono założeniom projektu rozporządzenia o e-prywatności, zgodnie z którym kary za naruszenie tego rozporządzenia mają zostać zrównane z karami za nieprzestrzeganie przepisów RODO (art. 23 projektu)<sup>11</sup>. Na

<sup>10</sup> Zob. pkt 91 opinii 5/2019 Europejskiej Rady Ochrony Danych z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie wzajemnej zależności między dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej a RODO, w szczególności w zakresie właściwości, zadań i uprawnień organów ochrony danych.

<sup>11</sup> Wniosek – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej i uchylającego dyrektywę 2002/58/WE, wersja projektu Rozporządzenia UE w sprawie prywatności i łączności elektronicznej z dnia 10 lutego 2021, 6087/21.



koniec warto przypomnieć, że inny – niż francuski – model implementacji dyrektywy 2002/58/WE przyjął polski ustawodawca. Transpozycji przepisu art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58 WE dokonano bowiem w regulacji sektorowej dotyczącej łączności elektronicznej, w szczególności w art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Najważniejszą tego konsekwencją jest brak kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (PUODO) do egzekwowania obowiązków określonych w tym przepisie. W tym zakresie wyłącznie właściwy jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE), którego kompetencje do nałożenia sankcji określono w art. 209 ust.1 pkt 27 i art. 209 ust. 1<sup>1</sup> pkt 2 u.p.t. Warto przy tym podkreślić, że inaczej niż w przypadku przepisów RODO, w których za legalność przetwarzania danych odpowiada tylko administrator, na gruncie art. 173 u.p.t. odpowiedzialność mogą również ponosić podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne lub usługi świadczone drogą elektroniczną i dokonujące na zlecenie innego podmiotu instalacji plików cookies (np. w celu realizacji jego celów marketingowych). Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych jest natomiast wyłącznie właściwy w sprawach realizacji określonych w RODO obowiązków przetwarzania danych osobowych, w tym weryfikacji legalności przetwarzania informacji tego rodzaju zapisanych w cookies.

## **6. Terytorialny zakres stosowania przepisów o e-privacy**

### **6.1. Argumentacja AEC i CNIL**

Zgodnie z art.3 (l) ustawy francuskiej, jej przepisy mają zastosowanie do przetwarzania danych osobowych w związku z działalnością prowadzoną przez jednostkę organizacyjną administratora lub podmiotu przetwarzającego we Francji, niezależnie od tego, czy przetwarzanie odbywa się w tym państwie.

Mając na względzie treść powyższego przepisu, AEC zakwestionował stosowanie francuskiej ustawy (w tym jej art. 82) do dokonywanego przez niego instalowania i odczytu plików cookies. Zdaniem spółki, nie została w szczególności spełniona przesłanka, zgodnie z którą przetwarzanie danych osobowych musi odbywać się „w ramach działalności jednostki organizacyjnej administratora” na terytorium Francji. Nie istnieje bowiem nierozzerwalny związek między działalnością Amazon Online France SAS z jednej strony, a umieszczaniem plików cookie przez Amazon Europe Core – jako administratora – na stronie amazon.fr. Istotne jest przy tym, że Amazon Online France SAS nie tylko nie zajmuje się umieszczaniem plików cookies na urządzeniach użytkowników, ale jego działalność polega wyłącznie na wsparciu doradczym przedsiębiorstw, które chcą sprzedawać swoje towary poprzez witrynę amazon.fr, zarządzaną przez AEC. Spółka argumentowała również, że to AEC – a nie Amazon Online France SAS – w imieniu klientów umieszcza na stronach internetowych osób trzecich reklamy, po których kliknięciu następuje przekierowanie na podstrony z odpowiednimi towarami dostępnymi na witrynie amazon.fr.



Z powyższym stanowiskiem nie zgodził się CNIL, który w pierwszej kolejności podkreślił, że art. 3 ustawy francuskiej wzorowany był na art. 4 dyrektywy 95/46/WE<sup>12</sup>, który to przepis określał prawo właściwe dla przetwarzania danych osobowych na terytorium Unii Europejskiej. W aktualnym stanie prawnym, tj. po rozpoczęciu obowiązywania RODO i ustanowieniu w nim odrębnych reguł, art. 4 dyrektywy 95/46/WE co prawda został uchylony, ale brak jest przeszkód, aby nadal we francuskiej ustawie utrzymać te zasady w zakresie nieobjętym RODO, w szczególności na potrzeby określenia prawa francuskiego jako właściwego w sprawach rozstrzyganych na podstawie przepisów implementujących przepisy dyrektywy 2002/58/WE. Pozwala to również na skorzystanie z dorobku orzecznictwa TSUE, wydanego na podstawie art. 4 dyrektywy 95/46/WE.

W powyższym kontekście, CNIL potwierdził, że poza sporem jest, że Amazon Online France SAS jako spółka z siedzibą we Francji ma cechy „jednostki administracyjnej”, o której mowa w art. 3 (l) ustawy francuskiej, a także, że świadczy usługi promujące działalność AEC, będącego administratorem. Francuski organ ds. ochrony danych osobowych odwołał się w związku z tym do dwóch orzeczeń TSUE. Zgodnie z pierwszym z nich, wydanym w dniu 13 maja 2014 r. w sprawie *Google Spain*, trybunał uznał, że przetwarzanie danych osobowych przez wyszukiwarkę Google było wykonywane „w ramach działalności” Google Spain (jako spółki należącej do Google Inc.) w zakresie, w jakim ta spółka miała na celu zapewnienie w Hiszpanii promocji i sprzedaży powierzchni reklamowej oferowanej przez tę wyszukiwarkę, co zdaniem trybunału służy uczynieniu usługi oferowanej przez tę wyszukiwarkę opłacalną. Ponadto, CNIL podkreślił, że chociaż orzeczenie w sprawie *Google Spain* dotyczyło działalności administratora (Google Inc.) mającego siedzibę poza Unią Europejską, to w późniejszym orzeczeniu z 5 czerwca 2018 r., TSUE zastosował tę samą rozszerzającą interpretację przetwarzania „w kontekście działalności” na terytorium Unii Europejskiej, również w sytuacji, w której administratorem był podmiot z innego państwa UE<sup>13</sup>.

Mając na względzie ustalony w sprawie stan faktyczny, a także wskazówki interpretacyjne zawarte w powyższych orzeczeniach TSUE, francuski organ uznał, że ponieważ Amazon Online France SAS ma siedzibę we Francji, a także prowadzi działalność umożliwiającą promocję i marketing we Francji narzędzi opracowanych przez AEC, to obydwa kryteria określone w art. 3 (l) francuskiej ustawy o ochronie danych są spełnione, i w związku z tym CNIL jako organ właściwy może rozstrzygnąć sprawę na podstawie art. 82 tej ustawy.

<sup>12</sup> Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L 281, s. 31; dalej: dyrektywa 95/46/WE).

<sup>13</sup> Wyrok prejudycjalny TSUE w sprawie złożonego przez Bundesverwaltungsgericht (niemiecki federalny sąd administracyjny) zapytania w postępowaniu Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein przeciwko Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, przy udziale: Facebook Ireland Ltd, Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, (TSUE, 5 czerwca 2018 r., C-210/16, pkt 53).

## 6.2. Komentarz

Niewątpliwie słabym punktem przepisów dyrektywy 2002/58/WE jest brak określenia w nich prawa właściwego do stosowania wobec tych czynności objętych tymi przepisami. Należy podkreślić, że w związku z taką luką, ustawodawcy krajowi mają swobodę w określaniu kryteriów stosowania prawa danego państwa w sprawach dotyczących ochrony prywatności i łączności elektronicznej. Z możliwości takiej skorzystał legislator francuski, który dla transgranicznych spraw z zakresu ochrony prywatności przyjął takie przesłanki terytorialnego stosowania ustawy, jak to określono w art. 4 dyrektywy 95/46/WE, która została następnie uchylona przepisami RODO. Ustanie obowiązywania przepisów dyrektywy 95/46/WE nie skutkuje jednak brakiem możliwości posługiwania się nadal kryteriami określonymi w jej art. 4 w zakresie, w jakim stosują się one do spraw objętych dyrektywą 2002/58/WE. Jest to konsekwencja omawianej już powyżej niezależności reżimów ochrony danych osobowych oraz prywatności w sektorze łączności elektronicznej. Z tych przyczyn treść art. 3 (l) ustawy francuskiej i związaną z tym interpretację CNIL należy uznać za dopuszczalną, choć niewątpliwie nieco konstrukcyjnie „karkołomną”.

W związku z powyższym, warto również podkreślić, że jeszcze większe kontrowersje wywołuje ocena transgranicznych spraw z zakresu obowiązywania dyrektywy 2002/58/WE, w sytuacjach gdy prawo krajowe państwa, w którym dochodzi do dokonania czynności objętych tą regulacją, nie zawiera – tak jak ustawa francuska – norm wskazujących właściwość prawa. W takich sytuacjach generalnie możliwe jest przyjęcie dwóch alternatywnych rozwiązań. Po pierwsze, można przyjąć zasadę „państwa pochodzenia”, zgodnie z którą właściwe jest państwo członkowskie Unii Europejskiej, w której siedzibę ma podmiot dokonujący danej instalacji cookies. Po drugie, można kierować się zasadą „państwa przeznaczenia”, zgodnie z którą decydujące jest terytorium państwa, w którym znajduje się urządzenie użytkownika, na jakim dochodzi do zapisania i odczytu cookies. Wobec braku orzecznictwa w tym zakresie (również w Polsce), opowiadam się za drugim z powyższych stanowisk z następujących powodów.

Po pierwsze, sprawy ochrony danych osobowych zostały w dyrektywie 2000/31/WE<sup>14</sup> wyraźnie wyłączone z zakresu jej stosowania, a zatem i z określonej w niej zasady państwa pochodzenia dotyczącej usług społeczeństwa informacyjnego (art. 1 ust. 5 lit. b).

Po drugie, w przypadku usług łączności elektronicznej, za decydujące kryterium dla określenia prawa właściwego przyjmuje się miejsce świadczenia usługi telekomunikacyjnej (usługi łączności elektronicznej). Zatem w przypadku, gdy problematyka instalowania cookies na urządzeniach użytkowników regulowana jest aktem prawnym właściwym dla łączności elektronicznej, to wówczas do rozstrzygnięcia spraw dotyczących

<sup>14</sup> Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz. Urz. WE L 178, s. 1).

ewentualnych naruszeń w tym zakresie właściwy będzie organ ds. telekomunikacji państwa, w którym do naruszeń doszło.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt prawa polskiego, należy stwierdzić, że ze względu na fakt, że w prawie polskim regulacja dotycząca cookies zawarta jest w przepisach o łączności elektronicznej, w szczególności art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, trzeba przyjąć, że Prezes UKE – jako organ odpowiadający za przestrzeganie zasad określonych w tych przepisach – będzie właściwy wówczas, gdy instalacji i odczytu cookies dokona podmiot znajdujący się na terytorium Polski (kryterium miejsca świadczenia usługi lub zasada państwa przeznaczenia).

## **7. Zasady dopuszczalnego instalowania i dostępu do informacji przechowywanych w cookies**

### **7.1 Argumentacja AEC i CNIL**

W trakcie prowadzonego postępowania spółka AEC twierdziła, że należycie spełniła wymogi art. 82 ustawy francuskiej poprzez należyte spełnienie obowiązku informacyjnego oraz pozyskiwanie wymaganych prawem zgód użytkownika na instalację cookies. Spółka AEC twierdziła w szczególności, że po naciśnięciu linku „Find out more” znajdującego się na banerze informacyjnym dostępnym na stronie amazon.fr, użytkownik był przekierowywany do tzw. polityki cookies. W przypadku natomiast, gdy użytkownik na stronę amazon.fr trafił poprzez przekierowanie z reklamy dostępnej na witrynie podmiotu trzeciego, to wówczas wyświetlana mu była również ikona „AdChoices”, która kierowała go do strony z informacjami dotyczącymi zasad prowadzenia targetowanej reklamy. Spółka AEC wskazała również, że dodatkowo w dolnej części strony znajdują się odnośniki (linki) do stron, w których opisana jest tzw. polityka cookies oraz polityka prowadzenia reklamy targetowanej. W podsumowaniu, spółka zauważyła również trudność w spełnieniu obowiązków w zakresie cookies, ponieważ brak jest jednolitego stanowiska organów nadzorczych w poszczególnych państwach Unii Europejskiej.

Z powyższymi argumentami nie zgodził się CNIL, zarzucając spółce niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku informacyjnego oraz wadliwe pozyskiwanie zgody użytkowników. Organ w pierwszej kolejności zarzucił spółce AEC, że w umieszczonych na stronie domowej informacjach zbyt ogólnie opisywano wszystkie cele, dla których instalowane były cookies różnego rodzaju. W szczególności informacja o tym, że pliki są umieszczane na urządzeniach użytkowników w celu „oferowania i polepszenia świadczenia usług” nie pozwala użytkownikowi ocenić, jakiego rodzaju działania reklamowe będą w stosunku do niego prowadzone na podstawie tak zebranych danych. Tego rodzaju ogólna informacja nie zawierała również wymaganego prawem opisu środków (sposobów), za pomocą których użytkownik może się sprzeciwić zapisowi i odczytowi cookies. Podobnie – strona, do której przekierowywała ikona „AdChoices”,

również nie zawierała informacji o celach zapisywania plików cookies oraz możliwości wyrażenia odmowy na tę czynność, a jedynie informację, że użytkownik poprzez zaznaczenie odpowiedniego pola może zażądać, aby nie były wyświetlane reklamy na podstawie jego zainteresowań. Według CNIL, za niewystarczające, z punktu widzenia spełnienia obowiązku informacyjnego, należało również uznać umieszczenie na stronie domowej linku do tzw. polityki cookies.

Francuski organ ds. ochrony danych osobowych stwierdził również, że w rozstrzyganej sprawie nie zachodziły wyjątki od konieczności uzyskania zgody użytkowników, a sposób jej pozyskania przez AEC nie spełniał wymogów określonych w art. 82 ustawy francuskiej. Pliki cookies były bowiem instalowane zaraz po wejściu użytkowników na stronę amazon.fr, bez możliwości zapoznania się przez nich z – nawet niekompletną – informacją na temat tego, jak zbierane w ten sposób dane będą wykorzystywane. Co istotne, CNIL nie zakwestionował argumentu spółki AEC, że zgoda taka może być – co do zasady – pozyskana za pomocą odpowiednich ustawień przeglądarki, ale podkreślił, że w każdym przypadku musi ją poprzedzać przekazanie informacji wymaganych prawem, czego AEC nie czynił.

W świetle powyższego, CNIL stwierdził, że naruszenie przepisów art. 82 francuskiej ustawy o ochronie danych polega na tym, że spółka umieszcza pliki cookies na terminalu użytkowników znajdujących się na terytorium Francji, przed uzyskaniem ich zgody i bez dostarczenia im informacji przewidzianych w tym artykule oraz na określonych w nim warunkach.

## 7.2. Komentarz

Zarówno samo rozstrzygnięcie, jak i uzasadnienie decyzji CNIL w części dotyczącej spełnienia wymogów określonych w art. 82 ustawy francuskiej nie budzi większych kontrowersji, ponieważ uchybienia AEC w zakresie spełnienia obowiązku informacyjnego oraz pozyskania zgody były oczywiste.

Francuski organ ds. ochrony danych osobowych prawidłowo ocenił, że w analizowanym stanie faktycznym nie zachodził żaden z wyjątków od obowiązku informacyjnego, określonych w ustawie. Trafna jest również konstatacja, że z prawnego punktu widzenia, nie ma znaczenia, w jaki sposób użytkownik trafia na witrynę internetową, czy bezpośrednio, czy poprzez reklamę umieszczoną na stronie podmiotu trzeciego. W obydwu przypadkach taki sam jest zakres obowiązków, które należy wypełnić, zgodnie z przepisami krajowymi implementującymi przepis art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE.

Nie budzi także wątpliwości, że instalacja plików cookies powinna nastąpić po otrzymaniu przez użytkownika ww. informacji, a nie – jak to było w stanie faktycznym sprawy – równocześnie z dokonaniem tej czynności. Wynika to bezpośrednio z treści art. 82 ustawy francuskiej i stanowiącej pierwowzór tego przepisu art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE.

Jeżeli chodzi o zakres informacji, które użytkownik powinien otrzymać, to w art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE wskazano cele przetwarzania, a więc cele, dla których

informacje są przechowywane na urządzeniach końcowych użytkowników po to, aby następnie podmiot instalujący cookies, miał do nich dostęp. Administratorzy powinni więc określić, czy instalowane są np. cookies wydajnościowe, funkcjonalne, analityczne, reklamowe itp. Francuski ustawodawca poszerzył w art. 82 zakres udzielanych informacji o obowiązek podania informacji o środkach wyrażenia sprzeciwu na instalację cookies. Taki zabieg jest dopuszczalny, w przypadku dyrektywy 2002/58/WE mamy bowiem do czynienia z wymogiem minimalnej harmonizacji. Pozostawia to możliwość ustalenia przez państwa Unii Europejskiej wymagań bardziej rygorystycznych niż określone w dyrektywie.

Prawidłowe jest również ustalenie CNIL, zgodnie z którym ww. informacje, określone w art. 82 ustawy francuskiej, powinny być widoczne zaraz po wejściu na witrynę internetową i nie mogą być ukryte np. w tzw. polityce cookies, dostępnej dopiero po naciśnięciu odpowiedniego linku na (internetowej) stronie domowej. Należy w związku z tym rekomendować spełnianie obowiązku informacyjnego w taki sposób, aby pierwsza warstwa, która wyświetla się w momencie wejścia użytkownika na stronę, zawierała istotne informacje (tj. informację o stosowaniu plików cookies i ich celach oraz sposobie, w jaki użytkownicy mogą akceptować, konfigurować i odrzucać używanie takich plików), natomiast druga warstwa powinna zawierać szczegółowe informacje o plikach cookies. Informacje te powinny być łatwo dostępne dla użytkownika, np. z wykorzystaniem linku do „polityki cookies” czy też „polityki prywatności”.

## Podsumowanie

Najbardziej interesujące elementy uzasadnienia decyzji CNIL dotyczą określenia właściwości rzeczowej organu w sprawach dotyczących cookies, a także zastosowania prawa francuskiego do działalności podmiotów mających siedzibę w innym państwie Unii Europejskiej i korzystających z informacji zapisanych w cookies umieszczanych na urządzeniach położonych na terytorium Francji. Należy w związku z tym podkreślić specyfikę rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę francuskiego. Po pierwsze, CNIL w ustawie o ochronie danych osobowych umocowany został nie tylko do egzekwowania przepisów RODO, ale również przepisów implementujących dyrektywę 2002/58/WE. Po drugie, przy określaniu terytorialnej właściwości przepisów francuskich w sprawach z zakresu dyrektywy o e-prywatności posłużono się takimi przesłankami, jak określone w art. 4 dyrektywy 95/46/WE, uchylonej następnie przepisami RODO.

Z powyższych względów, argumentacji przedstawionej przez francuski organ ds. ochrony danych osobowych nie można stosować w sprawach rozstrzyganych na gruncie przepisów prawnych tych państw Unii Europejskiej, które transponowały przepisy dyrektywy 2002/58/WE do sektorowych regulacji łączności elektronicznej, a także – inaczej niż ustawodawca francuski – w swoich przepisach nie wprowadziły norm określających właściwość terytorialną w tych sprawach. Przykładem jest polski system prawny, w ramach którego przepis art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE

implementowano w art. 173 u.p.t., a w ustawie tej nie określono również odrębnie zakresu terytorialnego jego stosowania. W konsekwencji, inaczej niż w analizowanej sprawie Amazon Europe Core, w sprawach dotyczących cookies, właściwy jest wyłącznie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, którego zakres kompetencji obejmuje ocenę zgodności z prawem instalacji i odczytu cookies dokonywanych przez podmiot znajdujący się na terytorium Polski.

## Streszczenie

*Xawery Konarski*

### **Administracyjna kara finansowa w sprawie cookies.**

#### **Komentarz na kanwie postanowienia Krajowej Komisji Informatyki i Wolności we Francji (CNIL) z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie Amazon Europe Core, SAN-2020-013**

Problematyka prawna korzystania z identyfikatorów internetowych takich jak pliki cookies jest jedną z najczęściej poruszanych w kontekście ochrony prywatności i danych osobowych użytkowników usług łączności elektronicznej. Zasady korzystania z nich stały się w ostatnich latach przedmiotem szeregu orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), a także decyzji organów regulacyjnych w poszczególnych państwach UE. Istotną decyzję w tym zakresie wydał w dniu 7 grudnia 2020 r. francuski organ ds. ochrony danych osobowych (CNIL), nakładając karę pieniężną za naruszenie francuskich przepisów dotyczących cookies przez spółkę Amazon (SAN-2020-013).

W kontekście powyższej decyzji, należy podkreślić specyfikę rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę francuskiego. Po pierwsze, CNIL w ustawie o ochronie danych osobowych umocowany został nie tylko do egzekwowania przepisów RODO, ale również przepisów implementujących dyrektywę 2002/58/WE. Po drugie, przy określaniu terytorialnej właściwości przepisów francuskich w sprawach z zakresu dyrektywy o e-prywatności, posłużono się takimi przesłankami, jak określone w art. 4 dyrektywy 95/46/WE, uchylonej następnie przepisami RODO.

Z powyższych względów, przedstawionej przez francuski organ ds. ochrony danych osobowych argumentacji, nie można stosować w sprawach rozstrzyganych na gruncie przepisów prawnych tych państw Unii Europejskiej, które transponowały przepisy dyrektywy 2002/58/WE do sektorowych regulacji łączności elektronicznej, a także – inaczej niż ustawodawca francuski – w swoich przepisach nie wprowadziły norm określających właściwość terytorialną w tych sprawach. Przykładem jest polski system prawny, w ramach którego przepis art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE implementowano w art. 173 ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

**Słowa kluczowe:** RODO; przepisy o e-Prywatności; pliki cookies; zgoda użytkownika; właściwość organów administracji.

## Summary

*Xawery Konarski*

**Administrative Fine Concerning Installation of Cookies.  
Comment on the Order of the National Commission for Information Technology  
and Freedoms in France (CNIL) of 7 December 2020 in the *Amazon Europe Core Case*,  
SAN-2020-013**

The legal problem of the use of online identifiers such as cookies is one of the most frequently addressed in the context of protecting the privacy and personal data of users of electronic communications services. In recent years, the principles of their use have been the subject of a number of decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU), as well as decisions issued by regulatory bodies in several EU countries. An important decision in this regard was issued on December 7, 2020 by the French data protection authority – National Commission for Information Technology and Freedoms (CNIL), imposing on Amazon company an administrative fine for violating French cookie laws (reference SAN-2020-013).

In the context of the above decision, the specificity of the solutions adopted by the French legislator should be underlined. First, the CNIL has been empowered by the French Data Protection Act to enforce not only the provisions of the GDPR, but also the provisions implementing Directive 2002/58/EC. Secondly, the territorial jurisdiction of the French legislation in matters falling under the scope of the ePrivacy Directive follows the same rationale as Article 4 of Directive 95/46/EC, subsequently repealed by the GDPR provisions.

For the foregoing reasons, the reasoning put forward by the French data protection authority cannot be applied to cases decided under the legislation of those European Union members states which have transposed the provisions of Directive 2002/58/EC into the sectoral regulation of electronic communications and, unlike the French legislator, have not introduced rules in their legislation designating territorial jurisdiction in such cases. An example is the Polish legal system, where the provision of Article 5(3) of Directive 2002/58/EC has been implemented in Article 173 of the Act on Telecommunications Law.

**Keywords:** GDPR; e-Privacy provisions; cookies; user's consent; competence of administrative authorities.