



**00909/10/BG
WP 171**

Становище 2/2010 относно поведенческите реклами онлайн

Прието на 22 юни 2010 година

Тази работна група бе създадена по силата на член 29 от Директива 95/46/ЕО. Тя е независим европейски съвещателен орган по защитата на личните данни и личния живот. Задачите ѝ са описани в член 30 от Директива 95/46/ЕО и член 15 от Директива 2002/58/ЕО.

Секретариатът се осигурява от Дирекция D (Основни права и гражданство) на Европейската комисия, Генерална дирекция „Правосъдие, свобода и сигурност“, В-1049 Брюксел, Белгия, офис № LX-46 01/190.

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

Съдържание

Кратко обобщение	3
1. Въведение	4
2. Поведенческа реклама онлайн	5
2.1. Системи за разпространение на реклама, които изпращат поведенчески реклами	5
2.2. Технологии за проследяване	6
2.3. Създаване на профили, видове идентификатори	8
3. Правна уредба	9
3.1. Въведение	9
3.2. Приложно поле на член 5, параграф 3 и на Директива 95/46/ЕО	10
3.2.1. Материален обхват на член 5, параграф 3	10
3.2.2. Материален обхват на Директива 95/46/ЕО: Обработка на лични данни	11
3.2.3. Взаимодействие между двете директиви	11
3.2.4. Териториален обхват на прилагане на член 5, параграф 3 и на Директива 95/46/ЕО	12
3.3. Роли и отговорности на различните участници	13
4. Задължение за получаване на предварително информирано съгласие	15
4.1. Задължение за получаване на предварително съгласие от субекта на данни за включване в поведенческа реклама	16
4.1.1. Съгласие под формата на настройки на браузъра	16
4.1.2. Съгласие и използване на възможностите за изразяване на несъгласие (opt-out)	19
4.1.3. Механизмите за предварително изразяване на съгласие са по-подходящи за изразяване на информирано съгласие	20
4.1.4. Информираното съгласие при децата	21
4.2. Задължение да се предоставя информация в контекста на поведенческите реклами	22
4.2.1. Каква информация трябва да се предоставя и от кого?	22
5. Други задължения и принципи, произтичащи от Директива 95/46/ЕО	24
5.1. Задължения относно специални категории данни	25
5.2. Спазване на принципите, свързани с качеството на данните	25
5.3. Права на субектите на данни	26
5.4. Други задължения	27
6. Заключение и препоръки	27
6.1. Приложими закони	28
6.2. Юрисдикция, териториални въпроси – установяване	29
6.3. Роли и отговорности	29
6.4. Задължения и права	29

Кратко обобщение

Поведенческата реклама е свързана с проследяване на предпочитанията на ползвателите докато сърфират в интернет и създаване в течение на времето на профили, които по-късно се използват за изпращане на реклами според интересите им. Въпреки че Работната група по член 29 не оспорва икономическите ползи, които поведенческата реклама може да донесе на заинтересованите страни, тя е твърдо убедена, че тази практика не трябва да се прилага за сметка на правото на неприкосновеност на личния живот и правото на защита на личните данни. Правната уредба на ЕС в областта на защитата на данни определя специфични предпазни мерки и тя трябва да бъде спазвана. За улеснение и за поощряване на нейното спазване в настоящото становище се дават пояснения относно приложимата правна уредба, която касае занимаващите се с поведенческа реклама.

По-специално, в становището се отбелязва, че доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, са обвързани с член 5, параграф 3 от Директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, по силата на който съхраняването на информация в „бисквитки“ (cookies) или подобни средства на крайното оборудване на ползвателите или получаването на достъп до информация чрез подобни средства е позволено само с информираното съгласие на ползвателите. В становището се отбелязва, че настройките на използваните понастоящем браузъри и механизми за изразяване на несъгласие (opt-out) предоставят възможност за изразяване на съгласие само в много ограничени случаи. В становището доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, се приканват да създават предварителни механизми за изразяване на съгласие (opt-in), които да изискват потвърждение от субектите на данни, което да показва тяхното съгласие да получат „бисквитки“ или други подобни средства, както и впоследствие да бъде наблюдавано тяхното поведение при сърфиране, с цел предоставянето на съобразена с предпочитанията им реклама. Според становището еднократното съгласие от страна на ползвателите да получат дадена „бисквитка“ може да води след себе си и съгласието им след това тази „бисквитка“ да бъде четена, а оттук и да бъде наблюдавано браузирането им в интернет. По този начин няма да е необходимо да се иска съгласие за всяко четене на „бисквитката“, за да бъдат спазени изискванията на член 5, параграф 3. Но за да бъдат субектите на данни информирани относно това наблюдение, доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, следва: i) да ограничат обхвата на съгласието във времето; ii) да предлагат възможност за оттегляне на съгласието по лесен начин и iii) да създадат визуални индикации, които да се появяват, когато се извършва такова наблюдение. Този подход би могъл да бъде разрешение на проблема с претоварването на ползвателите с многобройни надписи, като същевременно гарантира инсталирането на „бисквитки“ и последващото наблюдение на поведението при сърфиране в интернет с цел предоставяне на съобразена с предпочитанията реклама да става само с информираното съгласие на субектите на данни.

Тъй като поведенческата реклама се основава на използването на идентификатори, които позволяват да бъдат създавани много подробни потребителски профили, които в повечето случаи могат да бъдат считани за лични данни, в случая се прилага също и Директива 95/46/ЕО. В настоящото становище се обсъжда въпросът как доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, следва да изпълняват задълженията си, които произтичат от тази директива, и по-специално по отношение на правото на достъп, поправка, изтриване, блокиране и пр. Като се отчита фактът, че издателите вероятно също носят известна отговорност за обработката на данни, която се осъществява в контекста на поведенческите реклами, в становището се приканват издателите да споделят отговорността за предоставената на лица информация с доставчиците на

мрежи, които предоставят реклами, и се поощрява проявата на творчество и иновативност в тази област. Предвид характера на практиката при поведенческите реклами, изискванията за прозрачност са ключово условие, за да се съгласят лицата личните им данни да бъдат събирани и обработвани и за да могат да направят ефективен избор. В становището се посочват задълженията за предоставяне на информация, които доставчиците на мрежи, които предоставят реклами/издателите имат към субектите на данни, като се засяга конкретно Директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, която поставя изискването на ползвателите да се предоставя „ясна и изчерпателна информация“.

В становището се анализират и изясняват задълженията, формулирани в приложимата правна уредба, но в него не се дават предписания как трябва да бъдат спазени тези задължения от технологична гледна точка. Вместо това в него се приканват икономическите субекти от различни сфери да започнат диалог с Работната група по член 29, за да предложат възможно най-скоро технически и други средства за изпълнение на изискванията на правната уредба, така както те са описани в настоящото становище. За тази цел Работната група по член 29 ще установи контакт със заинтересованите страни, за да поиска тяхното участие. Лицата и организациите, които не участват директно в консултациите, могат да изпратят своите становища в секретариата на Работната група по член 29.

РАБОТНАТА ГРУПА ЗА ЗАЩИТА НА ЛИЦАТА ПРИ ОБРАБОТВАНЕТО НА ЛИЧНИ ДАННИ,

създадена с Директива 95/46/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 г.¹,

като взе предвид член 29, член 30, параграф 1, буква а) и член 30, параграф 3 от тази директива, както и член 15, параграф 3 от Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 г.,

като взе предвид член 255 от Договора за ЕО и Регламент (ЕО) № 1049/2001 на Европейския парламент и на Съвета от 30 май 2001 г. относно публичния достъп до документи на Европейския парламент, на Съвета и на Комисията,

като взе предвид своя процедурен правилник,

ПРИЕ НАСТОЯЩИЯ ДОКУМЕНТ:

1. Въведение

Рекламирането онлайн е важен източник на приходи за широк диапазон от онлайн услуги и значим фактор за растежа и разширяването на интернет икономиката. Специфичната практика при поведенческата реклама обаче поставя важни въпроси във връзка със защитата на данните и неприкосновеността на личния живот. Базовата интернет технология позволява на доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, да проследяват в течение на времето субектите на данни докато разглеждат различни уебсайтове. Получената информация за поведението при сърфиране в мрежата се анализира, за да бъдат създадени разширени профили за интересите на субектите на данни. Тези профили могат да се използват за изпращане на лицата на съобразени с предпочитанията им реклами.

Предвид увеличаващото се използване на поведенчески реклами въз основа на проследяващи предпочитанията „бисквитки“ и други подобни средства и високата степен на намеса на тези реклами в личния живот на хората, Работната група по член

¹ ОВ L 281, 23.11.1995 г., стр. 31.

29 реши да съсредоточи обхвата на настоящото становище върху поведенческите реклами онлайн, предлагани от няколко уебсайта, без да се засягат евентуални бъдещи становища, в които могат да се анализират и други рекламни технологии.

С настоящото становище Работната група по член 29 желае да направи някои пояснения относно приложимата правна уредба, която касае занимаващите се с поведенческа реклама. С него също така се приканват икономическите субекти възможно най-скоро да предложат технически и други средства за изпълнение на изискванията на правната уредба, така както те са описани в настоящото становище, и да започнат диалог с Работната група по член 29 във връзка с тези средства. Накрая Работната група по член 29 ще направи оценка на ситуацията и ще предприеме необходимите и подходящите мерки за гарантиране на изпълнението на изискванията на правната уредба, така както те са описани в настоящото становище.

2. Поведенческа реклама онлайн

Интерактивното рекламиране в средствата за масово осведомяване включва широка гама от методи, целящи създаването на по-подходящи реклами. Методите могат да се класифицират в няколко категории, включително контекстно рекламиране, сегментирано рекламиране и поведенческо рекламиране.

Поведенческата реклама се основава на наблюдението на поведението на лицата в течение на времето. Поведенческата реклама има за цел изучаването на характеристиките на това поведение чрез действията на лицата (повтарящи се посещения на уебсайтове, взаимен обмен, ключови думи, съдържание, генерирано онлайн, и др.), за да им бъде разработен конкретен профил и по този начин да се изпращат реклами според предполагаемите им интереси.

Докато в контекстуалната реклама² и сегментираната реклама³ се използват „моментни снимки“ на онова, което субектите на данни разглеждат и извършват в конкретен уебсайт, или известни характеристики на ползвателите, поведенческата реклама има потенциала да даде на рекламодателите много подробна представа за онлайн поведението на лицето, колко уебсайта и специфични страници разглежда, колко продължително разглежда определени статии или позиции, в каква последователност и т.н.

2.1. Системи за разпространение на реклама, които изпращат поведенчески реклами

Поведенческите реклами включват следните участници: а) *Доставчиците на мрежи, които предоставят реклами* – най-важните разпространители на поведенчески реклами, защото те осъществяват връзката между издателите и рекламодателите; б) *Рекламодателите*, които желаят да популяризират даден продукт или услуга сред конкретна аудитория; и в) *Издателите*, които са собственици на уебсайта и се стремят

² Контекстуалното рекламиране се основава на избора на съдържанието, което в момента се разглежда от субекта на данни. Когато се използват програми за търсене, съдържанието може да бъде извлечено от ключовите думи, по които се извършва търсенето, от предходното запитване за търсене или от IP адреса на ползвателя, когато той указва предполагаемото му географско местоположение.

³ Рекламирање въз основа на известни характеристики на субекта на данни (възраст, пол, местоположение и др.), които са били предоставени от него на етапа на вписване или регистрация.

да получат приходи, като продават пространство на уебсайта (уебсайтовете) си за поместване на реклами⁴.

Рекламирането чрез мрежи за реклама по същество се извършва по следния начин: издателят запазва визуално пространство на уебсайта си за поместването на дадена реклама и възлага останалата част от процеса на рекламиране на един или повече доставчици на мрежи, които предоставят реклами. Доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, отговарят за разпространението на рекламите сред издатели с максимален възможен ефект. Доставчиците на мрежи, които предоставят реклами, контролират технологията за целево насочване и свързаните с това бази данни. Колкото по-голяма е мрежата за реклами, толкова повече са ресурсите, с които разполага за наблюдение на ползвателите и проследяване на поведението им⁵. Рекламодаателят обикновено преговаря с една или повече мрежи за реклама и не винаги знае самоличността на всички издатели (ако изобщо познава някои), които ще разпространяват рекламите му. В същото време един издател може да има контакти с различни мрежи за реклама, например като заделя различни пространства на уебсайта си за различни мрежи за реклама.

Между мрежите за реклама все по-често се среща практиката да си сътрудничат помежду си чрез система за наддаване⁶.

2.2. Технологии за проследяване

Повечето технологии за проследяване и рекламиране, използвани за поведенческа реклама, осъществяват под някаква форма обработка на данни на ползвателя. За целта се използва информация от програмата за браузиране и крайното оборудване на ползвателя. По-специално, основната технология за проследяване, която се използва при наблюдение на ползвателите в интернет, се базира на „проследяващи бисквитки“. Те са средство за проследяване на поведението на ползвателя при браузиране в продължение на дълъг период от време и теоретично – в различни домейни⁷.

⁴ Освен чрез мрежите за реклами, поведенчески реклами могат да се правят също и чрез рекламиране на място. При този метод рекламодаателят посочва на издателя целевата аудитория въз основа на критерии, които могат да се простират отвъд чисто демографска информация, като например традиционната тройка „възрастов диапазон, пол и държава“, и да достигат много по-прецизни критерии, като например ключови думи или интереси. След това издателят има грижата рекламната да достигне до избраната целева аудитория, като прилага технология за целево насочване и контролира публикуването на рекламната и разпространението. Това се прилага в някои платформи за социални мрежи, които позволяват целево насочване към ползватели според интересите им.

⁵ New York Times, "To Aim Ads, Web is Keeping Closer Eye on You" („За насочване на рекламите мрежата ви държи под око“), 10 март 2008 г. В тази статия е дадена статистика за честотата, с която големи мрежи за реклама проследяват индивидуалните посещения на уебсайтове. В случая на мрежата за реклама Yahoo! може да се предполага, че в края на 2007 г. средният (американски) ползвател е бил проследяван 2 520 пъти месечно.

http://www.nytimes.com/2008/03/10/technology/10privacy.html?_r=1&scp=3&sq=%22They%20know%20more%20than%20you%20think%22&st=cse

⁶ Повечето големи мрежи за реклама работят в структурно взаимодействие с много други второстепенни мрежи. Например: списък на партньорите на Google AdSense, URL:<http://www.google.com/support/adsense/bin/answer.py?answer=94149>, списък на партньорите на Yahoo!, URL:<http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/thirdparties/>

Тази практика действа по следния начин: първостепенната мрежа за реклами предоставя рекламно пространство на уеб сървъра си и го предлага на търг на няколко мрежи за реклама, след което избира най-добрата оферта.

⁷ Други технологии за проследяване се базират, например, на използването на IP адреса и браузърните сигнатури. Фондацията „Електронни граници“ е направила изследване на възможностите за идентифициране на отделните браузърни сигнатури (ползвателски представител), включително използвания софтуер, версията, езика и инсталираните допълнения (plug-ins), URL:

Обикновено тези технологии работят по следния начин: доставчикът на мрежата, предоставяща реклама, записва „проследяваща бисквитка“ на крайното оборудване на субекта на данни⁸, когато той за първи път осъществява достъп до уебсайт, който обслужва реклама от неговата мрежа. „Бисквитката“ е кратък буквено-цифров текст, който се запамятава (и по-късно се чете) от доставчика на мрежата върху крайното оборудване на субекта на данни⁹. В контекста на поведенческата реклама „бисквитката“ позволява на доставчика на мрежата, предоставяща реклама, да разпознае предишен посетител, който отново посещава уебсайта или посещава друг уебсайт, който е партньор на рекламната мрежа. Тези многократни посещения позволяват на доставчика на мрежата, предоставяща реклама, да създаде профил на посетителя, който да се използва за изпращане на реклами според личните предпочитания. Тъй като тези „бисквитки“ за проследяване се инсталират от трета страна, различна от уеб сървъра, който показва основното съдържание на уебстраницата (т.е. издателя), те често се наричат „бисквитки на трети страни“.

„Бисквитките“ са обвързани с даден домейн: една „бисквитка“ може да се чете или модифицира единствено от уебсайт, който е от същия домейн¹⁰ (напр. една „бисквитка“, инсталирана от доставчик на реклами a.mysite.com може да бъде прочетена от b.mysite.com, но не и от доставчик на реклами c.another.com). „Бисквитките“ са с различен срок на действие. Този срок може или не може да бъде удължаван допълнително при следващи посещения на същата страница (това зависи от дизайнерското решение на програмиста). „Трайните бисквитки“ са с точен срок на действие до определена дата далече в бъдещето или докато бъдат изтрети ръчно.

Повечето интернет браузъри предлагат възможност за блокиране на „бисквитки“ на трети страни. Някои браузъри поддържат „частни“ сесии на браузиране, които автоматично унищожават всички създадени „бисквитки“ при затваряне на прозореца на браузъра¹¹.

Някои мрежи, предоставящи реклами, заменят или допълват традиционните проследяващи „бисквитки“ с нови усъвършенствани технологии за проследяване, като например „флаш бисквитки“ (Flash Cookies) (локални общодостъпни обекти)¹². Флаш „бисквитките“ не могат да бъдат изтрети чрез традиционните настройки за поверителност на един браузър. Има сведения, че „флаш бисквитките“ се използват

<http://panopticlick.eff.org/>). По отношение на IP адресите една новосъздадена компания в САЩ наскоро обяви, че притежава база данни от 65 милиона IP адреса, свързани със съответни имена и адресни данни, URL: http://www.mediapost.com/publications/?fa=Articles.showArticle&art_id=123280.

⁸ Ако субектът на данни ползва различни браузъри, за всеки от тях се използват различни „бисквитки“.

⁹ Този буквено-цифров текст може да има различно предназначение, като например за запамятаване на предпочитания, за съхранение на информация за сесиите или за идентификация на субекта на данни с помощта на уникален идентификационен код.

¹⁰ Все пак съществуват лесни решения за сътрудничащи си партньори, които желаят да заобиколят това ограничение и да споделят „бисквитки“ помежду си. Собственикът на домейн може да промени конфигурацията на своя DNS, така че да позволи на трети страни да използват един от неговите второстепенни домейни. Така третата страна ще може да споделя някои „бисквитки“ със собственика на домейна. Други техники използват javascript за допълнителни запитвания по мрежата до други сървъри, което позволява на още повече страни да осъществяват връзка или да синхронизират своите данни от проследяването (<http://blog.kruxdigital.com/2010/02/24/cookie-synching/>).

¹¹ Най-новите версии на много популярни браузъри (напр. Internet Explorer 8, Google Chrome, Firefox, Safari и др.) поддържат браузърни сесии, които автоматично изтриват всички „бисквитки“, инсталирани по време на тази сесия.

¹² W3C разработва също стандарт за DOM-памет, който ще позволи на компютрите на ползвателите да бъдат съхранявани чрез кодови знаци големи локални масиви от данни.

специално като средство за възстановяване на традиционните „бисквитки“, на които субектът на данни е отказал достъп или които е изтрил¹³.

Тази практика е позната като пресъздаване (*respawning*). В настоящото становище терминът „бисквитка“ се използва за обозначаването на всички технологии, които се основават на принципа на съхранение на информация и получаване на достъп до тази информация върху крайното оборудване на ползвателя, освен когато не е посочено друго.

Както бе посочено по-горе, една мрежа за предоставяне на реклами обикновено може да следи само част от поведението на субекта на данни при браузиране в интернет, тъй като възможностите за проследяване са ограничени само до издателите, които са свързани с мрежата. Наскоро обаче бе изпробван друг подход, при който мрежата, предоставяща реклами, влиза в партньорство с доставчик на интернет услуги за наблюдение на съдържанието при браузиране на ползвателите и за инсталиране на проследяващи „бисквитки“ по целия некодирен трафик в мрежата¹⁴. Работната група по член 29 не е запозната с текущи приложения на тази технология в ЕС, но счита, че използването на такава технология поставя сериозни правни въпроси отвъд въпроса за обработката на лични данни, независимо от целта, за която се използват данните. Анализът на тази технология за рекламиране попада извън обхвата на настоящото становище.

2.3. Създаване на профили, видове идентификатори

Съществуват два основни подхода при изграждането на профили на ползватели: *i)* **предполагаемите профили** се създават по подразбиране от наблюдението на индивидуалното и колективното поведение на ползвателите с течение на времето, и по-специално от наблюдението на разглежданите или активирани страници и реклами; *ii)* **точните профили** се създават от лични данни, които самите субекти на данни предоставят за дадена уеб услуга, като например при регистрация. Може да има комбинация от двата подхода. Освен това на по-късен етап предполагаемите профили могат да станат точни профили, ако субектът на данни въведе личните си данни, за да си осигури достъп до даден уебсайт¹⁵.

Мрежите, предоставящи реклами, изграждат предполагаеми профили, като използват комбинация от техники за проследяване, технологии въз основа на „бисквитки“ и софтуер за добиване на данни. Полът и възрастовият диапазон могат да се определят чрез анализ на страниците, които субектът на данни посещава, и рекламите, около които той или тя гравитира. Профилът, основан на анализа на информацията от „бисквитките“, които са запазени на крайното оборудване на субекта на данни, може да бъде обогатен с натрупаните данни, извлечени от поведението на лица със сходни модели на поведение в друг контекст. Системите за реклама онлайн често класифицират в отделни сегменти субектите на данни според сферата на интереси или

¹³ Флаш бисквитките могат да съхраняват информация за настройките и да заобикалят предпочитанията на ползвателя. Вж. Soltani, Ashkan, Canty, Shannon, Mayo, Quentin, Thomas, Lauren и Hoofnagle, Chris Jay, „Flash Cookies and Privacy“ (Флаш бисквитките и неприкосновеността на личния живот) (10 август 2009 г.). Достъпно на адреса на SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1446862>

¹⁴ Например фирмата Phorm предлага услуга за целево насочване според поведението чрез технологията си, наречена Webwise, в която се използва задълбочен пакетен анализ за оглед на страниците, които разглеждат ползвателите в интернет. За предоставянето на тази услуга Phorm е създавала партньорско споразумение с доставчици на интернет услуги.

¹⁵ Някои мрежи, предоставящи реклами, позволяват на регистрираните си ползватели да разглеждат и редактират свързаните с тях предполагаеми профили, поне в известна степен.

според пазарната категория (като примери могат да се посочат градинарство, грижи за тялото, електроника и пр.).

Местонахождението на субекта на данни също е първостепенен източник на информация за целенасочено профилиране. То може да се определи, например, по IP адреса на крайното оборудване и по местата за достъп до безжични мрежи WiFi¹⁶.

3. Правна уредба

3.1. Въведение

В член 5, параграф 1 на Директива 2002/58¹⁷ се урежда защитата на конфиденциалността на комуникациите изобщо. Защитата на конфиденциалността на комуникациите в конкретния случай на използване на „бисквитки“ и други подобни средства е уредена основно в член 5, параграф 3. Настоящото становище е свързано с изменената Директива 2002/58 (наричана по-нататък „директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации“ или „изменената директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации“) и препраща към нея. Изменената директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации не е задължително да се прилага от държавите-членки в националното им законодателство до май 2011 г. Но Работната група по член 29 вече се позовава на изменената директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, защото желае това становище да остане валидно и след прилагането на директивата, и по-специално защото иска да привлече вниманието на заинтересованите страни относно необходимостта от пълното спазване на изискванията на изменения член 5, параграф 3. В този контекст са релевантни също съображение 66, въведено с изменението на директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации от 2009 г., и съображения 24 и 25 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации.

Като се има предвид релевантността на член 5, параграф 3, от полза ще бъде тук да се възпроизведе измененият текст, като се отбележат разликите спрямо предишния текст:

*„Държавите-членки гарантират, че ~~използването на електронни комуникационни мрежи, за да се съхраняването на информация или да се получи или получаването на~~ достъп до информация, вече съхранявана в крайното оборудване на абоната или ползвателя, е позволено само при условие че ~~на~~ съответният абонат или ползвател е дал своето съгласие след предоставена ясна и изчерпателна информация в съответствие с Директива 95/46/ЕО, inter alia, относно целите на обработката ~~и е предложено правото да се откаже такава обработка от администратора на данни.~~ Това не пречи на всякакво техническо съхранение или достъп с единствена цел осъществяване ~~или улесняване~~ на предаването на съобщение по електронна съобщителна мрежа или, доколкото е строго необходимо, за да ~~ее представи~~ **може доставчикът да предостави услуга на информационното общество, изрично***

¹⁶ Допълнителна информация за местонахождението може да се набави и от други източници и да се използва за целите на създаването на профила.

¹⁷ Директива 2009/136/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (от 25 ноември 2009 г.) за изменение на Директива 2002/22/ЕО относно универсалната услуга и правата на ползвателите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги, Директива 2002/58/ЕО относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации и Регламент (ЕО) № 2006/2004 за сътрудничество между националните органи, отговорни за прилагане на законодателството за защита на ползвателите.

Освен директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, за въпросите, които не са конкретно обхванати в нея, и когато се извършва обработка на лични данни, се прилага и Директива 95/46/ЕО за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни (наричана по-нататък „Директива 95/46/ЕО“)¹⁸.

3.2. Приложно поле на член 5, параграф 3 и на Директива 95/46/ЕО

За занимаващите се с поведенческа реклама е полезно да знаят до какво води задължението за спазване съответно на член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации и на Директива 95/46/ЕО. Това налага да се разгледа приложното поле на двете директиви. Поспециално, най-напред ще се позовем на материалния обхват на двете директиви (3.2.1 и 3.2.2) и на взаимодействието помежду им (3.2.3). След това ще се позовем на териториалния обхват на двете директиви (3.2.4).

3.2.1. Материален обхват на член 5, параграф 3

В член 5, параграф 3 се поставя изискването за получаване на информирано съгласие за законното съхраняване на информация или за получаването на достъп до информация, съхранявана в крайното оборудване на абонат или ползвател¹⁹. Като се има предвид, че i) проследяващите „бисквитки“ представляват информация, съхранявана в крайното оборудване на субекта на данни и ii) доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, имат достъп до тях, когато субектите на данни посещават уебстраници на техни партньори, член 5, параграф 3 е напълно приложим в случая. Следователно всяко съхраняване на „бисквитки“ или други подобни средства (независимо от типа им)²⁰ и всяко последващо използване на предварително съхранени „бисквитки“ за получаване на достъп до информация на субекта на данни трябва да бъдат съобразени с изискванията на член 5, параграф 3.

Член 5, параграф 3 се прилага за информация (съхранена и/или достъпна). В него не се дава квалификация за тази информация. Прилагането на тази разпоредба не поставя като необходимо условие тази информация да се класифицира като лични данни по смисъла на Директива 95/46/ЕО. В съображение 24 е формулирана *обосновката* на този подход, като се посочва, че „Оборудването на терминалите на потребителите ... и всяка информация, съхранявана в такова оборудване, се отнасят до частния живот на потребителите, изискващ защита съгласно Европейската конвенция за защита на човешките права и основните свободи“. Задълженията, които се съдържат в член 5, параграф 3, произтичат от защитата на сфера, която се счита за частна за

¹⁸ Вж. член 1 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, в който се посочва: „Разпоредбите на настоящата директива конкретизират и допълват Директива 95/46/ЕО за целите, упоменати в параграф 1“.

¹⁹ Директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации се отнася за абонати и ползватели. Абонатите са както физически лица или субекти на данни (както те са посочени в Директива 95/46/ЕО), така и юридически лица. Понятието „ползвател“ се отнася за субекти на данни, които ползват електронна съобщителна услуга, без непременно да са нейни абонати. За целите на съгласуваността в настоящото становище се използва понятието „субект на данни“, когато това е възможно.

²⁰ Член 5, параграф 3 е технологически неутрален, поради което е приложим не само за „бисквитки“, но и за всяка друга технология, използвана за съхранение на информация или получаване на достъп до информация, съхранена на техническото оборудване на лицата (шпионски софтуер, зловреден софтуер и др).

субекта на данни, а не от факта, че информацията представлява или не представлява лични данни.

В становището си WP 29 1/2008²¹ Работната група вече посочи, че член 5, параграф 3 е обща разпоредба, която се прилага не само за електронни съобщителни услуги, но и за всякакви други услуги, при които се използват съответните техники. Освен това член 5, параграф 3 се прилага независимо от това дали лицето, което съхранява „бисквитките“, е администратор на лични данни или лице, което обработва данните.

3.2.2. Материален обхват на Директива 95/46/ЕО: Обработка на лични данни

Когато получената информация в резултат от съхранението и извличането на информация посредством „бисквитки“ или други подобни средства може да се счита за лични данни, освен член 5, параграф 3 се прилага също и Директива 95/46/ЕО.

Работната група по член 29 обръща внимание на факта, че методите на поведенческата реклама, разгледани в настоящото становище, често налагат обработката на лични данни, така както те са дефинирани в член 2 от Директива 95/46/ЕО и според тълкуването на Работната група по член 29²². Това се дължи на различни причини: *i)* поведенческата реклама обикновено включва събирането на IP адреси и обработката на уникални идентификатори (посредством „бисквитки“). Използването на подобни средства с уникални идентификатори позволява да се проследят ползвателите на даден компютър, дори когато се използват динамични IP адреси. С други думи, подобни средства позволяват „набелязване“ на субектите на данни, дори когато действителните им имена не са известни; *ii)* освен това събраната информация в контекста на поведенческите реклами е свързана с (т.е. се отнася до) характеристиките или поведението на едно лице и се използва за упражняване на влияние върху това конкретно лице²³. Това схващане се потвърждава и ако се вземе предвид възможността във всеки един момент да бъде направена връзка между профилите и информацията, която може да бъде непосредствено идентифицирана и която е предоставена от субекта на данните, като например данни във връзка с регистрация. Други възможни сценарии, които могат да доведат до създаването на възможност за идентифициране, са сливанията, загубата на данни и увеличаващото се предлагане в интернет на лични данни в комбинация с IP адреси.

3.2.3. Взаимодействие между двете директиви

Когато се прилагат и двете директиви, възниква въпросът как да бъдат определени приложимите разпоредби от всяка от тях. В тази връзка в съображение 10 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации се посочва, че Директива 95/46/ЕО се прилага „по всички въпроси, засягащи защита на основни права и свободи, които не са специално обхванати от

²¹ Становище 1/2008 по въпроси за защита на личните данни, свързани със системите за търсене, прието на 4.4.2008 г.

²² Вж. тълкуването на понятието за лични данни в становище 4/2007 на Работната група по член 29 относно понятието за лични данни, прието на 20.6.2007 г.

²³ В становището си 1/2008 по въпроси за защита на личните данни, свързани със системите за търсене, прието на 4 април 2008 г., Работната група по член 29 потвърждава, че в повечето случаи „бисквитките“ и IP адресите следва да се считат за лични данни. В това становище се посочва следното: „Когато дадена бисквитка съдържа уникална идентификация на потребителя, тази идентификация определено се счита за лични данни. Използването на повтарящи се бисквитки или подобни средства с уникална идентификация на потребителя позволява да се проследят потребителите на даден компютър, дори когато се използват динамични IP адреси. Данните за поведението, които се създават чрез употребата на тези средства, предоставят възможност дори за по-детайлно съсредоточаване върху личните характеристики на въпросното лице“.

разпоредбите на настоящата директива, включително задълженията на администратора и правата на лицата“.

Това е прилагане на правилото, според което един закон, който урежда специфична тематична област (*lex specialis*), се прилага с предимство пред закон, който урежда обща тематична област (*lex generalis*)

Съгласно горното правило член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, който урежда въпроса за информираното съгласие, следва да се прилага пряко. Директива 95/46/ЕО ще се прилага изцяло с изключение на разпоредбите, които са специално уредени в директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации и които съответстват главно на член 7 от Директива 95/46/ЕО относно правните основания за обработването на данни²⁴. Останалите разпоредби на Директива 95/46/ЕО, включително принципите за качеството на данните, за правата на субекта на данни (като например правото на достъп, на изтриване и на възражение), за поверителността и сигурността на обработването и на международния пренос на данни, следва да се прилагат изцяло.

3.2.4. Териториален обхват на прилагане на член 5, параграф 3 и на Директива 95/46/ЕО

Териториалният обхват на прилагане на горната правна уредба се определя комбинирано от член 3, параграф 1 от директивата на правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации²⁵ и член 4, параграф 1, букви а) и в) от Директива 95/46/ЕО²⁶.

В свои предишни становища Работната група по член 29 дава насоки относно понятието за установеност и относно използването на оборудването, както това е посочено съответно в член 4, параграф 1, букви а) и в), като определящи фактори за приложимостта на Директива 95/46/ЕО²⁷. Тези насоки са изцяло приложими и за доставчиците на мрежови услуги, предоставящи реклами.

²⁴ Принципът за справедливо и законно обработване, определен с член 6, параграф 1, буква а), също може да се разбира като попадащ в член 5, параграф 3 дотолкова, доколкото справедливостта се отнася до наличието на прозрачност и го изисква.

²⁵ Приложното поле на директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации е определено в член 3, параграф 1 от нея, по силата на който член 5, параграф 3 следва да се прилага за съхраняването на информация или получаването на достъп до информация, съхранявана в крайното оборудване на субекти на данни, които използват обществени съобщителни мрежи в ЕС.

²⁶ Двата критерия, които задействат прилагането на директивата (или по-скоро националното законодателство, което я прилага), са: i) когато обработването на данни се осъществява в контекста на дейностите на установен клон на администратора на данни, съгласно член 4, параграф 1, буква а), и ii) ако администраторът не е установен на територията на ЕС, но за целите на обработването на лични данни използва автоматизирано или друго оборудване, намиращо се на територията на ЕС, съгласно член 4, параграф 1, буква в).

²⁷ Вж. WP 56 от 30 май 2002 г. относно определянето на международното прилагане на законодателството на ЕС в областта на защитата на данните по отношение на обработката на лични данни в интернет от уебсайтове, които не са установени в ЕС, и наскоро изготвеното Становище 1/2008 по въпроси за защита на личните данни, свързани със системите за търсене, прието на 4 април 2008 г.

3.3. Роли и отговорности на различните участници

Както бе разгледано по-горе, поведенческата реклама включва различни участници, включително доставчици на мрежи, предоставящи реклама, издатели и рекламодатели. За да се определят техните задължения по силата на текущото законодателство за защита на данните е важно да се направи оценка на тяхната роля. В тази връзка Работната група по член 29 обръща внимание на следното:

По отношение на доставчиците на мрежи, предоставящи реклами:

На първо място задълженията, установени по силата на член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, се прилагат за лица, които поставят „бисквитки“ и/или извличат информация от „бисквитки“, които са съхранени в крайното оборудване на субекта на данни. Съгласно член 5, параграф 3 няма значение дали лицето, което запамятава или чете „бисквитките“, е администратор на данни или лице, което обработва данните. В контекста на поведенческата реклама такова тълкуване налага на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, задължението да получат информирано съгласие.

Същевременно **на второ място**, когато поведенческата реклама налага обработка на лични данни, доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, играят ролята също и на администратори на данни. Това е много важно, тъй като налага допълнителни задължения, произтичащи от прилагането на Директива 95/46/ЕО. Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, имат пълен контрол над целите и средствата за обработката.

Те „отдават под наем“ пространство от уебсайтове на издатели за поместване на реклами; те съхраняват и четат информация от „бисквитки“ и в повечето случаи събират IP адресите и други възможни данни, които могат да бъдат извлечени от браузера. Освен това доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, използват събраната информация за поведението на ползвателите, сърфиращи в интернет, за създаване на профили и за подбор и изпращане на реклами, които се показват според вида на този профил. При този сценарий те несъмнено изпълняват ролята на администратори на данни.

По отношение на издателите:

Наред с останалите, издателите също отдават под наем пространство от уебсайтове си, където рекламните мрежи да поместват реклами. Те въвеждат настройки на уебсайтовете си, така че браузърите на посетителите автоматично да бъдат пренасочвани към уебстраницата на доставчика на мрежи, предоставящи реклама (който след това изпраща „бисквитки“ и помества реклами според предпочитанията). Това поставя въпроса за техните отговорности по отношение на обработката на данни.

Както бе посочено наскоро от Работната група по член 29²⁸, това дали един издател може да бъде считан за съвместен администратор заедно с доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, зависи от условията на съвместната дейност между издателя и доставчиците на мрежи, предоставящи реклама. В този контекст Работната група по член 29 отбелязва, че в един типичен сценарий, когато доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, изпращат реклами според предпочитанията, издателите участват в този процес, като въвеждат настройки на уебсайтовете си, така че когато

²⁸ Становище 1/2010 относно понятията „администратор на лични данни“ и „лице, което обработва данните“, прието на 16.2.2010 г.

ползвателите посещават уебсайта на издателя, браузърите им автоматично са пренасочвани към уебстраницата на доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата. През това време браузърът на ползвателя изпраща неговия IP адрес на доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата, които след това изпращат „бисквитка“ и реклама според предпочитанията. При този сценарий е важно да се отбележи, че издателите не изпращат на доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата, IP адреса на посетителя. Браузърът на посетителя автоматично изпраща тази информация на доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата. Това обаче става само защото издателите въвеждат настройки на уебсайтовете си, така че посетителите им автоматично да бъдат пренасочвани към уебстраницата на доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата. С други думи издателят „задейства“ изпращането на IP адреса, което е първата необходима стъпка, която позволява последващата обработка, която се извършва от доставчиците на мрежи, предоставящи рекламата, с цел изпращането на реклама според предпочитанията. По този начин, дори когато технически изпращането на данни за IP адреса се осъществява от браузъра на лицето, което посещава уебсайта на издателя, лицето не задейства изпращането. Лицето е възнамерявало да посети само уебсайта на издателя. То не е имало намерението да посещава уебсайта на доставчика на мрежата, предоставяща рекламата. Понастоящем това е един обичаен сценарий.

Предвид горното Работната група по член 29 счита, че издателите носят известна отговорност за обработката на данни, която произтича от прилагането на национално равнище на Директива 95/46/ЕО и/или от друго национално законодателство²⁹. Тази отговорност не обхваща всички дейности по обработването, които са необходими за нуждите на поведенческата реклама, например, обработването, осъществявано от доставчика на мрежата, предоставяща реклама, което се състои в създаването на профили, които след това се използват за изпращане на реклама според предпочитанията. Но отговорността на издателите обхваща първия етап, т.е. първоначалния етап на обработката на данни, а именно изпращането на IP адреса, което става, когато лицата посещават техния уебсайт. Това е така, защото издателите улесняват това изпращане и съопределят целите, за които то се извършва, т.е. за изпращане на реклама според предпочитанията на посетителите. В обобщение може да се каже, че по тези причини издателите носят известна отговорност като администратори на данни за тези си действия. Но тази отговорност не може да налага спазването на целия обем от задължения, който се съдържа в директивите.

В тази връзка е необходимо правната уредба да се тълкува по един гъвкав начин, като се прилагат само онези разпоредби, които се отнасят за случая. Издателите не съхраняват лична информация, така че очевидно е безсмислено да се прилагат някои от задълженията от директивата, като например правото на достъп. Но както е разгледано по-нататък, задължението лицата да бъдат информирани за обработката на данни се прилага изцяло и за издателите.

В допълнение към горното, както е посочено в цитираното по-горе становище на Работната група по член 29, издателите са съвместни администратори, когато събират и изпращат на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, лични данни за

²⁹ Работната група по член 29 отбелязва, че задължението да се информира и други възможни задължения могат да произтичат също от общи правни принципи (договорното законодателство и законодателството за неправомерно увреждане), както и от законодателство в областта на защитата на потребителите, свързано с търговски практики в отношенията търговци-потребители, като Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 г. относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и за изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („директива за нелоялни търговски практики“).

посетителите на уебсайтовете си, като например име, адрес, възраст, местонахождение и др. Издателите са обвързани със задълженията, които произтичат от Директива 95/46/ЕО, относно частта от обработката на данни, която е под техен контрол, доколкото те действат като администратори на данни. В тази връзка, както и доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, издателите *„гарантират, че сложността и техническият характер на системата за поведенческо рекламиране няма да им попречат да намерят подходящи начини за изпълнение на задълженията на администратори и за гарантиране на правата на лицата, за които се събират данни“*³⁰.

В обобщение може да се каже, че издателите следва да са информирани, че при сключване на договори с доставчици на мрежи, предоставящи реклама, които имат като последица предоставянето на лични данни на посетителите им на разположение на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, те носят известна отговорност към своите посетители. Обхватът на тяхната отговорност, включително степента, в която те изпълняват ролята на администратори на лични данни, следва да бъде анализиран според всеки отделен случай, в зависимост от конкретните условия на съвместната дейност с доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, така както те са отразени в споразуменията за услугата. Следователно споразуменията за услугата между издателите и доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва да определят ролите и отговорностите на двете страни в светлината на тяхната съвместна дейност, както това е описано в споразумението.

По отношение на рекламодателите:

Когато субект на данни активира дадена реклама и посети уебсайта на рекламодателите, рекламодателите могат да проследят коя рекламна кампания е била активирана. Когато рекламодателят събира целенасочена информация (напр. определени демографски данни, като например категорията „млади майки“, или групи по интереси, като например „любители на екстремни спортове“) и я съчетае с поведението на субекта на данни по време на браузиране в сайта или с данните от регистрацията му, рекламодателят изпълнява ролята на независим администратор на лични данни за тази част от обработката на данните.

Настоящото становище е съсредоточено върху операциите по обработка на лични данни, които се извършват от доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и от издателите и служат за целите на целенасоченото рекламиране. В него не се обсъждат възможните допълнителни операции по обработката на данни, които могат да се извършват от рекламодателите, както това е описано по-горе.

4. Задължение за получаване на предварително информирано съгласие

Общата норма, която се съдържа в член 5, параграф 3, първа алинея, задължава държавите-членки да: *„гарантират, че съхраняването на информация или получаването на достъп до информация, вече съхранявана в крайното оборудване на абоната или ползвателя, е позволено само при условие че съответният абонат или ползвател е дал своето съгласие след предоставена ясна и изчерпателна информация в съответствие с Директива 95/46/ЕО, inter alia, относно целите на обработката.“* Този член бе променен с изменението на директивата за правото на неприкосновеност

³⁰ Становище 1/2010 относно понятията „администратор на лични данни“ и „лице, което обработва данните“
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_en.pdf

на личния живот и електронните комуникации през 2009 г. Промените в изменената версия поясняват и утвърждават необходимостта от предварително информирано съгласие на ползвателите³¹. Работната група по член 29 счита, че направеният по-нататък юридически анализ се отнася за настоящата и за изменената версия на член 5, параграф 3 и е валиден едновременно и за двете.

В следващия раздел е направен анализ на различните начини да бъдат спазени изискванията на член 5, параграф 3. След разглеждането на въпроса за съгласието са дадени някои насоки относно задължението за предоставяне на информация.

4.1. *Задължение за получаване на предварително съгласие от субекта на данни за включване в поведенческа реклама*

По силата на член 5, параграф 3, на доставчик на мрежа, предоставяща реклама, който желае да съхранява информация или да получи достъп до информация, съхранявана в крайното оборудване на ползвател, е позволено да направи това, ако: *i*) е предоставил на ползвателя ясна и изчерпателна информация в съответствие с Директива 95/46/ЕО, *inter alia*, относно целите на обработката; и *ii*) е получил съгласието на ползвателя за съхранението на информация или за достъпа до информация, съхранявана в крайното оборудване на ползвателя, след като е предоставил информацията, която се изисква съгласно *i*).

От буквалното значение на текста на член 5, параграф 3 следва, че: *i*) съгласието трябва да бъде получено, *преди* „бисквитката“ да бъде инсталирана и/или *преди* да бъде извлечена информацията, съхранявана в крайното оборудване на ползвателя, което обикновено се нарича предварително съгласие, и *ii*) информирано съгласие може да бъде получено само ако *на ползвателя е предоставена* предварителна информация за изпращането и за целите, с които се изпраща „бисквитката“. В този контекст е важно да се има предвид, че за да бъде съгласието валидно независимо от обстоятелствата, при които е дадено, то трябва да бъде свободно изразено, конкретно и информирано указание за волята на субекта на данни. Съгласието трябва да бъде получено, преди да бъдат събрани личните данни, като необходима мярка, с която се гарантира, че субектите на данни напълно осъзнават, че дават съгласието си и за какво дават съгласието си. Освен това трябва да има възможност съгласието да бъде отменено.

В следващите подраздели се анализира въпросът доколко съгласие, дадено под формата на определени настройки на браузъра или възможности за изразяване на несъгласие (opt-out), предоставяни от доставчици на мрежи за реклама, отговаря на изискванията на член 5, параграф 3.

4.1.1. *Съгласие под формата на настройки на браузъра*

Издателите и доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, които се занимават с поведенческа реклама, инсталират проследяващи „бисквитки“ в крайното оборудване на субекта на данни, когато субектът на данни получава достъп до уебсайт, който е част от мрежата за реклами. Това става, когато на браузъра на ползвателя не е зададена настройка да отхвърля „бисквитки“. На практика след като „бисквитката“ бъде инсталирана и субектът на данни сърфира в уебстраницата, на която е поместена рекламната, той има възможност да разбере за „бисквитките“ и как може да направи настройки на браузъра, за да контролира инсталирането на „бисквитки“. Това се прави

³¹ Това е постигнато по два начина: най-напред текстът „правото да откаже“ е заменен с необходимостта да бъде получено „съгласие“, както това е посочено в Директива 95/46/ЕО, и след това като глаголът е даден в минало време — „е дал“.

от издателите или от доставчиците на мрежи, предоставящи реклама. Тези администратори обикновено предоставят информация в общите си условия и/или политики за неприкосновеност по отношение на „бисквитки“ на трети страни, използвани за поведенческа реклама. Информацията може да включва данни за основната употреба/предназначението на подобни „бисквитки“ и как може да се избегне инсталирането им чрез настройка на браузъра. Но тази практика не отговаря на изискванията на член 5, параграф 3 и специално на изменената версия, в която се поставя акцент върху предоставянето на предварителна информация и получаването на предварително съгласие (преди започване на обработването).

В съображение 66 на изменената директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации се посочва, че *„когато е технически възможно и ефективно, съгласно приложимите разпоредби на Директива 95/46/ЕО“*, съгласието на ползвателя може да бъде изразено чрез използване на съответните настройки на браузър или друго приложение. Това не е изключение от разпоредбите на член 5, параграф 3, а по-скоро напомняне, че в тази технологична среда съгласието може да бъде дадено по различни начини – когато това е технически възможно, ефективно и съобразено с останалите съответни изисквания за валидно съгласие. В този контекст уместен въпрос е да се определят условията, при които настройките на браузъра ще отговарят на изискванията на Директива 95/46/ЕО и по този начин ще представляват изразено валидно съгласие *„съгласно Директива 95/46/ЕО“*. Работната група по член 29 счита, че това може да става при много ограничени обстоятелства, защото:

Най-напред, въз основа на определението и изискванията за валидно съгласие съгласно член 2, буква з) от Директива 95/46/ЕО, в общия случай не може да се смята, че субектите на данни дават съгласието си само защото са имали достъп до/са използвали браузър или друго приложение, които по подразбиране осъществяват събиране и обработка на предоставената от тях информация. Обикновено субектите на данни не осъзнават, че тяхното поведение онлайн се проследява, не знаят какви са целите на това проследяване и пр. Те невинно са информирани как да използват настройките на браузъра да отхвърля „бисквитки“, дори когато това е включено в условията на политиката за неприкосновеност. Погрешно е да се смята, че в общия случай бездействието на субекта на данни (когато той не е задал настройки на браузъра, така че „бисквитките“ да бъдат отхвърляни) изразява ясно и недвусмислено указание за неговата воля. Както е посочено в споменатото по-горе становище 1/2008 на Работната група по член 29, *„Отговорността за обработването им (на „бисквитките“) не може да се сведе до отговорността на потребителя за това дали е взел или не някакви предпазни мерки чрез настройките на браузъра си“*. Понастоящем от четирите основни браузъра само един блокира по подразбиране „бисквитки“ на трети страни от момента на инсталирането на браузъра. Настройката по подразбиране на останалите три основни браузъра е да разрешават инсталирането на всякакви „бисквитки“. В тези случаи „бисквитките“ се изпращат и информацията се събира, преди да е получено предварително съгласие, което е в разрез с необходимостта от предварително съгласие³².

³² Допълнително усложнение представлява фактът, че трите посочени по-горе браузъра продължават да прехвърлят информация от съществуваща „бисквитка“ дори след настройка на браузъра да отхвърля (нови) „бисквитки“ на трети страни. С други думи, информацията от „бисквитки“, които са инсталирани преди настройка на браузъра да отхвърля „бисквитки“, продължава да се изпраща на доставчика на мрежа, предоставяща реклама. Понастоящем само един основен браузър позволява на ползвателите едновременно да блокират инсталирането и предаването на информация от „бисквитки“ на трети страни (т.е. включително от „бисквитки“, инсталирани преди настройка на браузъра да отхвърля „бисквитки“). Като последица от това „бисквитки“, инсталирани от първа страна (при посещаване на един-единствен уебсайт или, например, на програми за търсене, или на

На второ място, за да може да се изрази информирано съгласие чрез настройките на браузъра, не трябва да съществува възможност да се „заобиколи“ изборът на ползвателя при задаване на настройка на браузъра. На практика обаче изтритите „бисквитки“ могат лесно да бъдат „пресъздадени“ чрез така наречените флаш „бисквитки“, които позволяват на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, да продължат да наблюдават ползвателите. Наличието и нарастващата употреба на подобна технология поставя предизвикателство пред възможността чрез настройката на браузъра да се изразява информирано, валидно и ефективно съгласие.

Накрая, съгласието чрез определена настройка на браузъра да се получават „бисквитки“ по принцип предполага, че ползвателите приемат в бъдеще данните им да бъдат обработвани, вероятно без да знаят какви са целите или предназначението на „бисквитките“. Съгласието по принцип в бъдеще данните да бъдат обработвани, без да се познават обстоятелствата около обработката, не може да е валидно съгласие³³.

Поради това, за да може настройките на браузъра или други приложения да „изразяват“ валидно съгласие, те трябва да преодолеят горните проблеми. По същество това означава, че:

- а) Браузъри или други приложения, които по подразбиране отхвърлят „бисквитки“ на трети страни и които изискват от субекта на данни да извърши утвърдително действие, за да приеме инсталирането от страна на конкретни уебсайтове и продължителното прехвърляне към същите на информация, съдържаща се в „бисквитките“, може да съдържат възможност за изразяване на валидно и ефективно съгласие. За разлика от това, когато настройката на браузъра е предварително зададена да приема всички „бисквитки“, подобно съгласие не отговаря на изискванията на член 5, параграф 3, тъй като в общия случай такова съгласие не може да представлява действително указание за волята на субекта на данни. Подобно съгласие не е нито конкретно, нито предварително (по отношение на обработката). Дори когато даден субект на данни може действително да е решил да запази настройките за приемане на всички „бисквитки“ на трети страни, не е реалистично доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, да приемат, че повечето субекти на данни, чиито браузъри са с настройка да приемат „бисквитки“, ефективно са упражнили собствения си избор.
- б) Браузърите, заедно или в комбинация с други информационни средства, включително със съдействието на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и на издателите, следва да дават ясна, изчерпателна и изцяло видима информация, за да се гарантира, че съгласието е напълно информирано. За да бъдат спазени изискванията на Директива 95/46/ЕО, браузърите следва да дават съответна информация от името на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, относно целите на „бисквитките“ и на последващата обработка. По този начин не е приемливо да се използват общи предупреждения без изрично упоменаване на мрежата за реклама, която инсталира „бисквитките“.

уебсайт на социални мрежи), могат да продължат да се четат от уебсайта, когато ползвателят посещава друг уебсайт, който е бил партньор на първия.

³³ Както се посочва в работния документ по член 29 относно общото тълкуване на член 26, параграф 1 от Директива 95/46/ЕО от 24 октомври 1995 г., приет на 25.11.2005 г., в контекста на бъдещия пренос на данни, „значението на съгласие, представляващо позитивно действие, изключва *de facto* всякакви системи, при които субектът на данни има право да възрази срещу прехвърлянето на информация едва след като прехвърлянето вече е извършено: за да може да се извърши дадено прехвърляне, е задължително действително да се изиска конкретно съгласие за него“.

Работната група по член 29 е на мнение, че ако не са изпълнени горните изисквания, предоставянето на информация и улесняването в известна степен на възможността ползвателят да може да отхвърля „бисквитки“ (като се обяснява как може да се направи това) не могат в общия случай да бъдат считани за информирано съгласие съгласно член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, а също и в светлината на член 2, буква з) от Директива 95/46/ЕО.

Предвид значението, което настройките на браузъра имат за гарантиране на това, че субектите на данни ефективно изразяват своето съгласие за съхранението на „бисквитки“ и обработката на свои данни, очевидно е изключително важно браузърите да имат настройка по подразбиране, която да осигурява защита на личната неприкосновеност. С други думи, те трябва да имат настройка да не приемат „бисквитки“ на трети страни и да не прехвърлят информация от тях. В допълнение към това и за да се постигне по-висока ефективност, браузърите следва да изискват от ползвателите да прочетат условията за неприкосновеност още при първото инсталиране или при актуализацията на браузъра и да предлагат лесен начин за упражняване на правото на избор по време на употреба. Работната група по член 29 апелира към производителите на браузъри да предприемат незабавни действия, координирани с доставчиците на мрежи, предоставящи реклама.

4.1.2. Съгласие и използване на възможностите за изразяване на несъгласие (opt-out)

Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, все по-често предлагат механизми за изразяване на несъгласие (opt-out), които позволяват на ползвателите да откажат да получат дадена целенасочена реклама³⁴. Чрез този механизъм субектът на данни трябва да посети уебсайта на доставчика/доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и да посочи на доставчика/доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, че не желае да бъде проследяван (opt-out) с цел да му бъдат изпращани целенасочени реклами. Тези механизми имат за цел да допълнят и да разрешат в известна степен проблемите, разгледани по-горе, по отношение на изразяването на съгласие посредством определена настройка на браузъра.

Използването на подобни механизми за изразяване на несъгласие, базирани на „бисквитки“, следва да бъде приветствано и поощрявано, доколкото те улесняват текущите технически възможности, с които разполага субектът на данни, за да изразява несъгласие. Подобни механизми обаче не изразяват принципно съгласието на субекта на данни. Съдържащото се в подобен акт съгласие може да бъде доказано само в много специфични индивидуални случаи. Такъв може да е случаят, когато един опитен ползвател, който е запознат с практиката на поведенческата реклама, знае, че може да изрази несъгласие да получава такива реклами, но избира да упражни волевия акт да не изрази несъгласие (особено когато това става, преди на ползвателя да е била изпратена „бисквитка“). Този механизъм обаче не е достатъчен да се получи информираното съгласие на масовия ползвател. Причините са сходни с посочените по-горе в контекста на определената настройка на браузъра, а именно:

³⁴ Вж., например, възможността за изразяване на несъгласие, давана от Network Advertising Initiative, която позволява да се направи избор между различни мрежи: http://www.networkadvertising.org/managing/opt_out.asp

На първо място, в общия случай у ползвателите липсва основно разбиране за събирането на данни, за употребата на тези данни, за начина на действие на технологията и, което е по-важно, за това как и къде могат да изразят несъгласие. В резултат от това на практика много малко хора се възползват от възможността да изразят несъгласие не защото са взели информирано решение да получават поведенческа реклама, а по-скоро защото не осъзнават, че като не използват възможността да изразят несъгласието си, всъщност те изразяват съгласие.

На второ място, съгласието предполага активно участие на субекта на данни преди събирането и обработката на данните. Механизмът за изразяване на несъгласие често се отнася за нереагиране от страна на субекта на данни след като тази обработка вече е започнала. Освен това при механизма за изразяване на несъгласие няма активно участие – просто се предполага или загатва за волята на субекта на данни. Това не отговаря на изискванията за правно ефективно съгласие.

В светлината на гореизложеното Работната група по член 29 счита, че механизмите за изразяване на несъгласие въз основа на „бисквитки“ не предоставят на масовия ползвател ефективни средства да изрази съгласие относно получаването на поведенчески реклами. В този смисъл те не отговарят на изискването на член 5, параграф 3.

4.1.3. Механизмите за предварително изразяване на съгласие са по-подходящи за изразяване на информирано съгласие

Работната група по член 29 е на мнение, че механизмите за предварително изразяване на съгласие, които изискват утвърдително действие на субекта на данните, с което се указва съгласие, преди да му бъде изпратена „бисквитката“, в по-голяма степен изпълняват изискванията на член 5, параграф 3. При едно позоваване на съгласието като законно основание за обработката Работната група по член 29 наскоро потвърди това становище : *„Развитието на технологиите налага също внимателно разглеждане на съгласието. На практика член 7 от Директива 95/46/ЕО не винаги се прилага правилно, особено в контекста на интернет, където имплицитното съгласие не винаги води до недвусмислено съгласие (както това се изисква по силата на член 7, буква а) от тази директива). Даването на субектите на данни на по-голямо право на предварителен глас преди обработката на личните им данни от други лица изисква експлицитно съгласие (и следователно ясно изразено) за всяка обработка, която се основава на съгласие.“*³⁵

В свое предходно становище, в което се разглежда този въпрос, Работната група по член 29³⁶ препоръчва да се използват конкретни съобщения: *„В случая на „бисквитките“ потребителят следва да е информиран кога предстои да получи, съхрани или изпрати „бисквитка“... Съобщението следва да конкретизира на общо разбираем език каква информация предстои да бъде съхранена в „бисквитката“, с каква цел, както и срока на валидност на „бисквитката“.* След като получи тази информация, на субекта на данните следва да бъде предложена възможността да посочи дали желае да му бъде изготвен профил за целите на поведенческата реклама.

Работната група по член 29 осъзнава настоящите практически проблеми, свързани с получаването на съгласие, и по-специално когато е необходимо съгласие всеки път,

³⁵ Работната група по член 29 е признателна за извършената работа от някои асоциации, като The Future of Privacy, в контекста на поощряване на използването на икони за информационни цели.

³⁶ Препоръка 1/99 относно неявната и автоматична обработка на лични данни в интернет: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17en.pdf.

когато се чете „бисквитка“, с цел изпращането на целенасочена реклама. За да се избегне този проблем, съгласно съображение 25 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации („...и правото на отказ (от „бисквитки“) могат да бъдат предложени веднъж за използване на различни приспособления, които ще се инсталират на терминалното оборудване на потребителя ... по време на следващи включвания“), приемането от страна на ползвателя на една „бисквитка“ може да се смята за валидно не само за изпращането на „бисквитката“, но също и за следващото получаване на информация, което произтича от тази „бисквитка“. С други думи, съгласието, което е получено за инсталиране на „бисквитката“ и използване на информацията за целенасочено рекламиране, обхваща и следващи „четения“ на „бисквитката“, които се осъществяват всеки път, когато ползвателят посещава уебсайт на партньор от рекламната мрежа на доставчика, който първоначално е инсталирал „бисквитката“.

Но като се има предвид, че *i)* тази практика означава, че лицата приемат да бъдат наблюдавани „веднъж завинаги“ и *ii)* лицата могат просто да забравят, че преди една година, например, са изразили съгласие да бъдат наблюдавани, Работната група счита, че трябва да бъдат предприети някакви предпазни мерки. По-специално, Работната група по член 29 предлага три посоки на действие:

На първо място, да се ограничи обхватът на съгласието във времето. Съгласието да бъдат наблюдавани не трябва да бъде давано „завинаги“, а да бъде валидно само за ограничен период от време, например една година. След изтичането на този период следва доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, да получат ново съгласие. Това може да се постигне, ако „бисквитките“ имат ограничен срок на действие след като са инсталирани на крайното оборудване на ползвателя (и срокът да не може да бъде удължаван).

На второ място, посоченият по-горе риск би могъл допълнително да бъде намален с допълнителни информационни практики, разгледани по-нататък в раздел 4.2.1.

На трето място, свободно даденото съгласие може винаги да бъде отменено. На субектите на данни следва да бъде предоставена възможността лесно да могат да отменят изразено съгласие да бъдат наблюдавани за целите на поведенческата реклама. В тази връзка е много важна необходимостта да бъде предоставяна ясна информация относно тази възможност и как тази възможност да бъде използвана (вж. по-нататък раздел 4.2)

Работната група по член 29 приканва рекламната индустрия да прилага горния метод или други алтернативни методи, които изискват предварително утвърдително действие от страна на ползвателите за даване на съгласие за *i)* съхранението на „бисквитката“ и *ii)* използването на „бисквитката“ за проследяването им при посещаване на уебсайтове с цел изпращане на поведенческа реклама. Това може да обхваща също и създаването и технологията на браузърите.

4.1.4 Информираното съгласие при децата

В становището си 2/2009 Работната група по член 29 разглежда защитата на личните данни на децата³⁷. Изтъкнати са допълнителните проблеми, свързани с получаването на информирано съгласие, когато става въпрос за деца. Освен описаните по-горе (и по-долу) изисквания за валидността на съгласието, в някои случаи съгласието на децата трябва да бъде дадено от родителите им или други техни законни представители. В

³⁷ Становище относно защитата на личните данни на децата (Основни насоки и специалният случай с училищата): http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_en.pdf

контекста на обсъжданата тема това означава, че е необходимо доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, да уведомяват родителите за събирането и използването на информация за децата и да получават тяхното съгласие преди събирането и последващото използване на такава информация с цел включване на децата в целенасочено поведенческо рекламиране³⁸.

В светлината на горното и предвид уязвимостта на децата, Работната група по член 29 е на мнение, че доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, не трябва да предлагат категории по интереси, предназначени за поведенческо рекламиране или за оказване на влияние върху децата.

4.2. Задължение да се предоставя информация в контекста на поведенческите реклами

Прозрачността е главно условие, за да могат лицата да изразят съгласието си за събирането и последващото обработване на техни лични данни. Както бе очертано по-горе, в контекста на поведенческата реклама ползвателите може и да не познават или да не разбират технологията, която се използва за поведенческа реклама, или дори че такъв вид рекламиране е насочено към тях. Поради това е изключително важно да се гарантира, че се предоставя достатъчно и ефективна информация, така че тя да достигне до ползвателите на интернет. Само когато субектите на данни са информирани, те ще бъдат в състояние да направят избора си.

4.2.1 Каква информация трябва да се предоставя и от кого?

В член 5, параграф 3 се посочва, че на ползвателя следва да бъде предоставена информация „*в съответствие с Директива 95/46/ЕО, inter alia, относно целите на обработката*“. В член 10 от Директива 95/46/ЕО се разглежда предоставянето на тази информация³⁹.

По отношение на поведенческата реклама субектите на данни следва да бъдат информирани *inter alia* за самоличността на доставчика на мрежата, предоставяща рекламата, и за целта на обработването. Субектът на данни следва да бъде ясно информиран, че „бисквитката“ ще позволи на доставчика на рекламата да събира информация за посещенията в други уебсайтове, за рекламите, които са показани, за тези от тях, които са били активирани, за времето на разглеждане и др.

Следва да бъде дадено просто обяснение за употребата на „бисквитката“ за създаване на профил за целите на целенасоченото рекламиране. В съображение 25 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации се поставя изискването съобщенията да се предоставят по „ясен и точен“ начин. Съобщения, като например „*рекламодатели и други трети страни могат също да използват свои „бисквитки“ или тагове за проследяване на действията*“, очевидно не са достатъчни.

³⁸ Това е в допълнение към приложимото законодателство и стандарти в областта на рекламата.

³⁹ Изисква се специално да бъде предоставена информация за самоличността на администратора, за целта на обработването, както и за получателите на данни и за наличието на право на достъп, доколкото подобна допълнителна информация е необходима за гарантиране на справедливата обработка.

Относно това как следва да бъде предоставена тази информация, в съображение 25 се поставя изискването тя да бъде „възможно най-лесна за ползване от потребителя“. Работната група по член 29 смята, че най-ефективният начин да бъде спазен този принцип е да се предоставя минимална по обем информация непосредствено на екрана, интерактивно, с добра видимост и разбираемо⁴⁰. Важно е информацията да бъде лесно достъпна и да се вижда много добре. Тази важна информация не може да бъде скрита в общи договорни условия и/или декларации за неприкосновеност.

Работната група по член 29 признава, че технически е възможно да има различни начини за предоставяне на информация и приветства проявите на творчество в тази област. Работната група по член 29 знае, че някои доставчици на мрежи, предоставящи реклама, са започнали да разработват нови начини за предоставяне на информация и приветства тези разработки. Примери за подобни разработки, които Работната група по член 29 намира едновременно за положителни и необходими, са иконите, поставени около реклами на уебсайта на издателя, с връзки към страници с допълнителна информация.

Като се има предвид очертаната по-горе в раздел 4.1.3 възможност, при която лицата дават еднократно съгласие да бъдат наблюдавани и това да се отнася и за следващо бъдещо четене на „бисквитките“, Работната група по член 29 смята за много важно доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, да намерят начини да информират лицата периодично за извършването на наблюдението. Ако на субектите на данни не бъде напомняно за наблюдението по ясен и недвусмислен начин и с лесни средства, много е вероятно след известен период от време те вече да не осъзнават, че то все още се извършва и че те са дали съгласието си за това. В тази връзка Работната група по член 29 подкрепя създаването на символен знак и съответни съобщения, които да предупреждават потребителите, че доставчик на мрежа, предоставяща реклама, наблюдава поведението им при браузиране за целите на целенасочената реклама. Този символен знак би бил много полезен не само за напомняне на лицата за наблюдението, но и за контролиране на това дали желаят да продължат да бъдат наблюдавани или да отменят съгласието си.

Друг уместен въпрос е *кой следва да предоставя информацията* – дали тя трябва да се предоставя от издателя или от доставчика на мрежата, предоставяща реклама, или от двете страни. Резултатът следва да бъде получаването от страна на субектите на данни на лесно достъпна и ясно видима информация. Както е разгледано по-нататък, за постигането на тази цел от голямо значение е съвместната работа между доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и издателите.

Работната група по член 29 отбелязва, че по силата на действието на член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, задължението за предоставяне на необходимата информация и получаване на съгласие от субекта на данни в крайна сметка е на лицето, което изпраща и чете „бисквитката“. В повечето случаи това е доставчикът на мрежата, предоставяща реклама. Когато издателите са съвместни администратори, например в случаите, когато прехвърлят на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, информация, която директно може да се идентифицира, те също са обвързани със задължението да предоставят информация на субектите на данни относно обработването на лични данни.

⁴⁰ Това е в съответствие с предходни насоки на Работната група по член 29 – вж. WP 43 Препоръка 2/2001 относно някои минимални изисквания за събирането на лични данни онлайн в Европейския съюз, приета на 17 май 2001 г., достъпна на адрес: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43en.pdf

Освен това, както бе отбелязано в точка 3.3 по-горе, издателите споделят в известна степен с доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, отговорността за обработката на данни, която се извършва в контекста на поведенческата реклама. По-специално, тази отговорност обхваща първия етап от обработката, т.е. прехвърлянето на IP адреса към доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, което се осъществява, когато лицата посещават уебсайтове на издателите и бъдат пренасочени към уебсайта на доставчика на мрежа, предоставяща рекламата.

В резултат от тази отговорност издателите имат известни задължения по отношение на субектите на данни, която произтича главно от Директива 95/46/ЕО⁴¹. По-специално, Работната група по член 29 смята, че издателите имат задължението да предоставят на субектите на данни информация за обработката на лични данни, която се осъществява в резултат от пренасочването на браузъра им и също за целите, за които информацията ще бъде използвана по-късно от доставчиците на мрежи, предоставящи реклама. Информацията следва да се отнася не само за прехвърлянето на IP адреса за целите на показване на действията, но също и за следващото обработване на данни, извършвано от доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, включително за инсталирането на „бисквитки“.

Очевидно Работната група по член 29 няма предвид информацията да се предоставя два пъти (веднъж от доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и втори път от издателите). Работната група по член 29 счита, че това е област, в която съществува ясна необходимост от съвместни действия на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и издателите, за да се реши кой да предоставя информацията и как да става това. Поради това доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и издателите се приканват да не пестят усилия, за да предоставят най-ефективните предупредителни съобщения и да осигурят максимална степен на информираност сред ползвателите на интернет за начина на действие на поведенческата реклама във всяка конкретна ситуация. Необходимостта от подобно взаимодействие допълнително се подчертава, ако се вземе предвид, че доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, по принцип остават невидими за субектите на данни. В замяна на това ползвателите влизат във взаимодействие с посетените уебсайтове, т.е. с уебсайтове на издатели. Поради тази причина от гледна точка на ползвателя интуитивно е по-удобно предупредителното съобщение да се получи от уебсайта на издателя. Това може да се осъществи по различни начини. Например, когато издателят предостави пространство на уебсайта си, където доставчикът на мрежата, предоставяща реклами, може да помести изискваната информация.

Органите в областта на защитата на данни, в изпълнение на своите задължения, следва да разгледат възможността да бъдат използвани подходящи информационни мерки за тези практики и за съответните права на субектите на данни.

5 Други задължения и принципи, произтичащи от Директива 95/46/ЕО

Освен спазването на член 5, параграф 3 администраторите на данни имат задължението да осигурят спазването на всички задължения, които произтичат от Директива

⁴¹ Освен това Работната група по член 29 отбелязва, че издателите могат да имат задължения, които произтичат от общи правни принципи (договорното законодателство и законодателството за непозволено увреждане), както и от законодателство в областта на защитата на потребителите, свързано с търговски практики в отношенията търговци-потребители, да информират лицата, че доколкото обработката на данни и наблюдението се извършват в резултат на тяхно действие, те ще бъдат пренасочени към доставчик на мрежа, предоставяща реклами.

95/46/ЕО, които не се припокриват с тези от член 5, параграф 3, като наред с останалото трябва да гарантират:

5.1. Задължения относно специални категории данни

Данни, разкриващи расов или етнически произход, политически идеи, религиозни или философски убеждения, членство в професионални съюзи, като и данни, свързани със здравословното състояние и половия живот, се смятат за данни с чувствителен характер съгласно член 8 от Директива 95/46/ЕО. Работната група по член 29 смята, че съществува сериозен риск неприкосновеността на личните данни на лицата да бъде нарушена, ако подобен вид информация се използва за целите на поведенческата реклама. Всяко възможно целенасочено рекламиране към субекти на данни, което се основава на информация с подобен чувствителен характер, предоставя възможност за злоупотреба. Освен това, предвид чувствителния характер на подобна информация и възможните неудобни ситуации, които могат да възникнат, ако лицата получат реклама, която разкрива, например, сексуални предпочитания или политически действия и която предлага/използва категории по интереси, които разкриват данни с чувствителен характер, това не следва да бъде поощрявано.

Но ако все пак доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, предлагат и използват категории по интереси, които разкриват информация с чувствителен характер, те трябва да спазват изискванията на член 8 от Директива 95/46/ЕО. Например ако доставчик на мрежа, предоставяща реклами, извършва обработване на индивидуалното поведение, за да го помести в определена категория по интереси, която указва конкретни сексуални предпочитания, той обработва данни с чувствителен характер съгласно член 8 от Директива 95/46/ЕО. В този член се забранява обработването на лични данни с чувствителен характер освен при определени специфични обстоятелства. В този контекст единственото налично правно основание, което легитимира обработването на данните, е изричното, отделно, предварително изразено съгласие по примера на установеното в член 8, параграф 2, буква а). Изискването за отделно, утвърдително предварително указание за съгласието на субекта на данни означава, че един механизъм за изказване на несъгласие в никакъв случай не може да отговори на изискването на закона. Това означава също, че такова съгласие не може да бъде получено чрез определена настройка на браузъра. За да събират и обработват такъв вид информация по законен начин, доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, трябва да създадат механизми за получаване на изрично предварително съгласие, което е отделно от съгласието, получено за обработването на лични данни изобщо.

5.2 Спазване на принципите, свързани с качеството на данните

В член 6 от Директива 95/46/ЕО са определени различни принципи, които трябва да бъдат спазвани от администратора на лични данни. В този контекст особено релевантно е следното:

Работната група по член 29 съзнава, че е възможно профилите, създадени и използвани за целите на поведенческата реклама, да бъдат използвани и за други цели, различни от рекламирането. Съществува потенциалната възможност те да бъдат използвани за разработването на нови услуги, чийто характер все още е неопределен.

Изложеното по-горе обаче се подчинява на условието да бъде спазен член 6, параграф 1, буква б), в който е формулиран **принципът за ограничение на целта**. Този принцип забранява обработката на лични данни, която е несъвместима с целите, които

легитимират първоначалното им събиране. С други думи, несъвместимата второстепенна употреба на събраната и съхранена информация за целите на поведенческата реклама ще бъде в противоречие с член 6, буква б) от Директива 95/46/ЕО. Например ако рекламните мрежи са част от група компании, които предоставят множество услуги, рекламната мрежа не може по принцип да използва събраните за целите на поведенческата реклама данни за другите услуги (освен ако не докаже, че целите са съвместими). По същата причина рекламните мрежи не могат да допълват събраната за целите на поведенческата реклама информация с друга информация.

Ако доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, желаят да използват събраната за целите на поведенческата реклама информация за второстепенни, несъвместими с изискванията цели, например за други услуги, те трябва да имат допълнителни правни основания да го направят, както е предвидено в член 7 от Директива 95/46/ЕО. Следователно е необходимо да информират субектите на данни и, в повечето случаи, да получат тяхното съгласие, както това е предвидено в член 7, буква а).

В член 6, параграф 1, буква д) се поставя изискването данните да бъдат изтрети, когато повече не са необходими за целите, за които са събрани (*принцип на запазване*). Спазването на този принцип налага да бъде ограничено съхранението на информацията. Съобразно с това компаниите трябва да определят и да спазват ясни срокове, в които данните да бъдат запазвани.

По силата на горния принцип информацията за поведението на ползвателите следва да бъде унищожена, когато повече не е необходима за създаването на профили. Неопределените или твърде продължителни периоди на съхранение са в противоречие с изискванията на член 6, параграф 1, буква д) от директивата. Наблюденията на Работната група по член 29 показват, че сроковете на съхранение при водещи доставчици на мрежи, предоставящи реклами, са различни, като някои фирми съхраняват данните за неограничен период от време, а други ограничават срока на съхранение до три месеца.

Съобразно с това Работната група по член 29 призовава доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, да приложат политики, с които да гарантират, че събраната информация при всяко четене на „бисквитка“ се изтрива незабавно или става анонимна след изтичане на необходимостта от нейното съхранение. Всеки администратор на данни трябва да може да оправдае необходимостта от даден срок за съхранение. Работната група по член 29 призовава доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, да посочат причините, които оправдават срока на съхранение, който те считат за необходим предвид целите, с които се извършва обработката на данни.

Ако/когато едно лице поиска профилът му да бъде изтрит или ако то упражни правото си да оттегли съгласието си, тези действия задължават доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, да изтрият или заличат незабавно информацията за субекта на данни, доколкото доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, повече нямат необходимите правни основания (т.е. съгласието), които позволяват обработване.

5.3 Права на субектите на данни

Администраторите на данни следва да позволят на лицата, засегнати от обработката, да упражняват правата си на достъп, поправяне и изтриване и правото на възразение, както това е установено в член 12 и член 14 от директивата за защита на данните.

Работната група по член 29 е запозната с инициативите на доставчици на мрежи, предоставящи реклами, за предлагане на достъп до категории по интереси, към които субектите на данни са били причислени според идентификационния номер на „бисквитката“⁴². Тези нови средства позволяват на ползвателите не само да имат достъп до категории по интереси, които се отнасят за тях, но също и да ги променят или изтриват.

Работната група по член 29 приветства тези инициативи, които допринасят за ефективното упражняване на правата на лицата за лесен достъп и поправка на личните им данни. Работната група по член 29 призовава доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, да въведат процедури за информиране на лицата относно тези средства и да ги направят възможно най-ясно видими за субектите на данни, така че масовият ползвател да може фактически да разполага с възможността да ги използва.

5.4. Други задължения

В член 17 от директивата се определя задължението на администраторите на данни и на лицата, които обработват лични данни, да прилагат **технически и организационни мерки** за защита на личните данни срещу случайно или неправомерно унищожаване или случайна загуба, неразрешено разкриване и други незаконни форми на обработка. Спазването на задълженията за сигурност изисква от доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, да прилагат съвременни технически и организационни мерки за гарантиране на сигурността и поверителния характер на информацията.

По силата на член 18 от Директива 95/46/ЕО администраторите на данни могат да имат задължението да **уведомяват** надзорния орган по защита на данни относно обработката на лични данни освен в случаите, когато са освободени от това задължение. Съобразно с това, доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, трябва да уведомяват относно обработката на данни, когато това се изисква съгласно националното законодателство. Освен това, когато данните се прехвърлят извън границите на ЕС, например към сървъри, разположени в трети държави, доставчиците на мрежи, предоставящи реклами, трябва да гарантират спазването на разпоредбите за предаване на лични данни на трети държави (членове 25 и 26 от Директива 95/46/ЕО).

6. Заключение и препоръки

Техниките на поведенческата реклама позволяват на рекламоделите, и предимно на доставчиците на реклами, да проследяват лицата докато сърфират в интернет, да създават профили и да ги използват с цел изпращане на реклами според предпочитанията. В повечето случаи лицата просто не осъзнават това.

Работната група по член 29 изразява дълбока загриженост относно последиците за неприкосновеността на личния живот и защитата на данните, които може да има тази все по-широко разпространяваща се практика. Въпреки че законодателството в областта на защитата на данните поставя изискването, наред с останалото, да бъде получено информирано съгласие на лицата, за да бъдат включени в подобна практика, съществуват големи съмнения, че в действителност масово лицата осъзнават, и в още по-малка степен – че са съгласни да бъдат наблюдавани с цел да получават реклами според предпочитанията.

⁴² Вж. Ad Interest Manager на Yahoo на адрес http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/opt_out/targeting/ Вж. също и Interest-Based Advertising на Google на адрес <http://www.google.com/ads/preferences/html/about.html>.

Досега начините, по които стопанският сектор предоставяше информация и улесняваше лицата при контролиране на волята им да бъдат наблюдавани, се проваляха. Предупредителните съобщения, поместени в общи договорни условия и/или декларации за неприкосновеност, които често са написани по доста неясен начин, не са достатъчни да изпълнят изискванията на законодателството в областта на защитата на лични данни. В някои държави-членки стопанският сектор положи известни усилия да допълни съществуващите правни норми със саморегулиране. Подобни усилия се приветстват, тъй като конкретизират общите принципи, които се съдържат в правната уредба. Но Работната група по член 29 смята, че предстои да бъде направено още много. Стопанският сектор следва да увеличи усилията за спазването на приложимите норми.

С настоящото становище Работната група по член 29 желае да даде насоки на заинтересованите страни, и по-специално на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, и на издателите, за спазването на приложимата правна уредба, така както тя е тълкувана в настоящия документ. В този смисъл настоящото становище отразява мнението на Работната група по член 29 относно начина, по който следва да се тълкува приложимата правна уредба в областта на защитата на данни в практиката на поведенческата реклама. Също така в него се призовава стопанският сектор да предложи технически и други средства за спазване на изискванията, така както те са разгледани в настоящия документ, и да сподели възгледите си относно подобни средства с Работната група по член 29. В края на определен период за разискване Работната група по член 29 ще направи оценка на ситуацията и ще предприеме необходимите и подходящи мерки. Междувременно Работната група по член 29 призовава съответните страни да изпълнят препоръките, описани по-долу.

6.1. Приложими закони

- Правната уредба на ЕС за използването на „бисквитки“ е установена предимно в член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации⁴³.
- Член 5, параграф 3 се прилага във всички случаи, когато на крайното оборудване на ползвател на интернет се съхранява информация или от него се извлича информация, като например „бисквитка“. Не съществува предпоставка тази информация да представлява лични данни.
- Освен това Директива 95/46/ЕО се прилага за въпроси, които не са специално уредени в директивата за е-неприкосновеност в случаите, когато се обработват лични данни. Поведенческата реклама се основава на използването на идентификатори, които позволяват да бъде създаден много подробен профил на потребителя, който в повечето случаи се счита за лични данни.

⁴³ Изменената директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации трябва да бъде приложена до май 2011 г.

6.2. Юрисдикция, териториални въпроси – установяване

- Директива 95/46/ЕО се прилага за обработката на данни, която се осъществява когато издателите и доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, участват в поведенческа реклама съгласно член 4, параграф 1, букви а) и в) от Директива 95/46/ЕО и член 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации. Съществуващите насоки на Работната група по член 29 по този въпрос са напълно приложими в случая.

6.3. Роли и отговорности

- **Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама,** са обвързани със задълженията, установени в член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, доколкото те инсталират „бисквитки“ и/или извличат информация от такива, които вече са съхранени в крайното оборудване на субектите на данни. Те са също така администратори на лични данни, доколкото определят целите и необходимите средства за обработката на данните.
- **Издателите** носят известна отговорност, свързана с ролята им на администратори на данни, по отношение на обработката, която се осъществява в първата фаза на процеса, т.е. когато въз основа на настройката, която задават на своя уебсайт, те задействат прехвърлянето на IP адреса към доставчиците на мрежи, предоставящи реклама (което позволява преминаването към по-нататъшна обработка). Тази отговорност налага известни ограничени задължения за защита на личните данни (вж. по-нататък). Освен това когато/ако издателите прехвърлят лични данни, които могат да бъдат директно идентифицирани, към самите доставчици на мрежи, предоставящи реклама, те се считат за съвместни администратори на лични данни.

6.4 Задължения и права

По отношение на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама:

- Член 5, параграф 3 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации, в който се установява задължение за получаване на предварително информирано съгласие, се прилага за доставчиците на мрежи, предоставящи реклама.
- Настройките на браузъра могат да изразяват съгласие само при много ограничени обстоятелства. По-специално, когато браузърите са с настройка по подразбиране да отхвърлят всички „бисквитки“ (когато браузърът е настроен на тази опция) и ползвателят е променил тази настройка да потвърждава съгласието му да получава „бисквитки“, при което е бил изцяло информиран за името на администратора на лични данни, за целите на обработката и за данните, които се събират. Поради това браузърът трябва самостоятелно или в съчетание с други средства да предоставя по ефективен начин ясна, изчерпателна и добре видима информация за обработката.

- Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва да поощряват и да работят съвместно с производителите/създателите на браузъри за спазване на изискванията за неприкосновеност на личните данни още при разработването на браузърите.
- В общия случай механизмите за изразяване на несъгласие въз основа на „бисквитки“ не са достатъчни за получаване на информираното съгласие на ползвателя. В повечето случаи се предполага, че ползвателят изразява съгласие, ако не използва механизма за изразяване на несъгласие. На практика обаче много малко хора използват опцията за изразяване на несъгласие не защото са взели информирано решение да се съгласят да бъдат включени в поведенчески реклами, а по-скоро защото не осъзнават, че се осъществява обработка на лични данни, и не знаят как да изразят несъгласие.
- Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва незабавно да преустановят използването на механизми за изразяване на несъгласие и да създадат механизми за предварително изразяване на съгласие. Механизмите за изразяване на информирано, валидно съгласие следва да изискват извършването от страна на субекта на данни на утвърдително действие, което да указва волята му да получава „бисквитки“, след което поведението му при сърфиране да бъде наблюдавано с цел изпращането на реклами според предпочитанията.
- Съгласно съображение 25 от директивата за правото на неприкосновеност на личния живот и електронните комуникации съгласието от страна на ползвателя да получи една „бисквитка“ може също да предполага съгласие и за последващото четене на тази „бисквитка“, а оттук и за наблюдение на поведението на ползвателя при браузиране в интернет. Не е необходимо да се иска съгласие за всяко четене на „бисквитката“. Но за да се гарантира, че субектите на данни са информирани за наблюдението през цялото време, доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва: *i)* да ограничат обхвата на съгласието по време; *ii)* да предлагат възможност за оттегляне по лесен начин на съгласието да бъдат наблюдавани за целите на поведенческото рекламиране и *iii)* да създадат символен знак или други средства, които да се появяват на всички уебсайтове, където се извършва това наблюдение (уебсайтове на партньори от мрежата на доставчиците на мрежи, предоставящи реклама). Този символен знак не само ще напомня на лицата за наблюдението, но и ще им помага за контролиране на волята им дали да продължат да бъдат наблюдавани или да отхвърлят съгласието си.
- Доставчиците на мрежи следва да гарантират спазването на задълженията, които произтичат от Директива 95/46/ЕО, които не се припокриват пряко с тези от член 5, параграф 3, а именно задълженията за спазване на принципа за ограничение на целта и задълженията за сигурност.
- Освен това доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва да позволят на лицата да упражняват правата си на достъп, поправка и изтриване. Работната група по член 29 приветства практиката сред някои доставчици на мрежи, предоставящи реклама, да предлагат на субектите на данни възможност за достъп и промяна на категориите по интереси, към които са били класифицирани.

- Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама, следва да прилагат политики на съхранение, които да гарантират, че информацията, събирана при всяко четене на „бисквитка“, се изтрива автоматично след определен оправдан период от време (необходим за целите на обработката). Това се отнася също и за алтернативни технологии за проследяване, използвани при поведенческата реклама, като например инсталиран в средата на браузъра на потребителя JavaScript.

Доставчици на мрежи, предоставящи реклама, и издатели:

- Предоставянето на добре видима информация е предпоставка за валидността на съгласието. Споменаването на практиката на поведенческото рекламиране в общи договорни условия и/или декларации за неприкосновеност никога не е достатъчно. В тази връзка и предвид масовото ниско ниво на познаване на практиката на поведенческото рекламиране следва да се положат усилия за промяна на това положение.
- Доставчиците на мрежи, предоставящи реклама/издателите трябва да предоставят информация на ползвателите съгласно член 10 от Директива 95/46/ЕО. На практика те следва да направят така, че лицата да бъдат уведомявани поне за това кой (т.е. кое лице) отговаря за обслужването на „бисквитката“ и за събирането на съответната информация. Освен това те следва да бъдат информирани по опростен начин, че а) „бисквитката“ ще се използва за създаване на профили; б) какъв вид информация ще се събира за изграждането на профилите; в) профилите ще бъдат използвани за изпращане на целенасочена реклама и г) „бисквитката“ ще позволява ползвателят да бъде идентифициран в множество уебсайтове.
- Доставчиците на мрежи/издателите следва да предоставят информацията непосредствено на екрана, по интерактивен начин и, ако е необходимо, чрез многослойни предупредителни съобщения. Във всеки случай тя трябва да е лесно достъпна и с много добра видимост.
- Добър пример са иконите, разположени на уебсайта на издателя около рекламата, с връзки към страници с допълнителна информация. Работната група по член 29 приканва доставчиците на мрежи/издателите да проявят творчество в тази област.

Съставено в Брюксел на 22 юни
2010 година.

*За Работната група
Председател
Jacob KOHNSTAMM*