

Opinia Rady (art. 64)



Opinia 08/2024 w sprawie ważnej zgody w kontekście modeli „wyraź zgodę albo zapłać” stosowanych przez duże platformy internetowe

przyjęta 17 kwietnia 2024 r.

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.

Streszczenie

Organy nadzorcze z Niderlandów, Norwegii i Niemiec (Hamburga) zwróciły się do EROD o opinię w kwestii tego, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach duże platformy internetowe mogą korzystać z modeli „wyraź zgodę albo zapłać” związanych z reklamą behawioralną w sposób zakładający ważną – a w szczególności dobrowolną – zgodę, również z uwzględnieniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie C-252/21. Zakres niniejszej opinii jest w istocie ograniczony do stosowania przez duże platformy internetowe (zdefiniowane na potrzeby niniejszej opinii) modeli „wyraź zgodę albo zapłać”, w których użytkowników prosi się o wyrażenie zgody na przetwarzanie danych do celów reklamy behawioralnej.

W tym względzie EROD podkreśla konieczność przestrzegania wszystkich wymogów RODO, w szczególności wymogów dotyczących ważnej zgody, przy jednoczesnej ocenie specyfiki poszczególnych przypadków. Szczególne znaczenie ma zasada rozliczalności. EROD przypomina, że uzyskanie zgody nie zwalnia administratora z przestrzegania wszystkich zasad określonych w art. 5 RODO, a także pozostałych obowiązków wynikających z RODO. Kluczowe znaczenie ma przestrzeganie zasad konieczności i proporcjonalności, ograniczenia celu, minimalizacji danych i rzetelności.

W większości przypadków duże platformy internetowe nie są w stanie spełnić wymogów dotyczących ważnej zgody, jeżeli dają użytkownikom do wyboru tylko dwie opcje: albo wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej, albo uiszczanie opłaty.

Administratorzy nie powinni domyślnie oferować (wyłącznie) płatnej alternatywy dla usługi, która obejmuje przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej. Opracowując alternatywę dla wersji usługi z reklamą behawioralną, duże platformy internetowe powinny rozważyć zapewnienie osobom, których dane dotyczą, „równoważnej alternatywy”, która nie wymaga uiszczania opłaty. Jeżeli administratorzy zdecydują się pobierać opłatę za dostęp do „równoważnej alternatywy”, powinni także rozważyć zaoferowanie dodatkowej bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej, np. zawierającą pewną formę reklamy obejmującą przetwarzanie mniejszej ilości danych osobowych (lub nieprzetwarzanie takich danych). Jest to szczególnie ważny czynnik przy ocenie niektórych kryteriów dotyczących ważnej zgody na podstawie RODO. W większości przypadków fakt, czy administrator oferuje dodatkową bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej, ma zasadniczy wpływ na ocenę ważności zgody, zwłaszcza w odniesieniu do aspektu niekorzystnych konsekwencji.

Jeśli chodzi o określone w RODO wymogi dotyczące ważnej zgody, zgoda musi być przede wszystkim „dobrowolna”. Aby uniknąć niekorzystnych konsekwencji, które wykluczałyby dobrowolną zgodę, żadne nałożone opłaty nie mogą skutecznie uniemożliwiać osobom, których dane dotyczą, dokonania wolnego wyboru. Ponadto niekorzystne konsekwencje mogą wystąpić w przypadku, gdy niewyrażające zgody osoby, których dane dotyczą, nie uiszczają opłaty i przez to mogą być wykluczone z usługi, zwłaszcza w przypadkach, gdy usługa odgrywa znaczącą rolę lub ma decydujące znaczenie dla uczestnictwa w życiu społecznym lub dostępu do sieci zawodowych, a jeszcze bardziej w przypadku uzależnienia od jednego dostawcy lub wystąpienia efektów sieciowych. W rezultacie niekorzystne konsekwencje prawdopodobnie występują w sytuacji, gdy duże platformy internetowe stosują model „wyraź zgodę albo zapłać” w celu uzyskania zgody na przetwarzanie.

Administratorzy muszą również ocenić – indywidualnie dla poszczególnych przypadków – czy występuje brak równowagi sił między osobą, której dane dotyczą, a administratorem. Do czynników podlegających ocenie należą: pozycja dużej platformy internetowej na rynku, istnienie efektu

uzależnienia od jednego dostawcy lub efektu sieciowego, zakres korzystania z usługi przez osobę, której dane dotyczą, oraz główni odbiorcy usługi.

Kolejnym kryterium oceny, czy zgoda jest „dobrowolna”, jest element warunkowości, tj. czy zgoda na dostęp do towarów lub usług jest wymagana nawet wówczas, gdy przetwarzanie nie jest konieczne do wykonania umowy. W wyroku w sprawie Bundeskartellamt TSUE stwierdził, że użytkownikom odmawiającym zgody na określone operacje przetwarzania oferuje się, „w stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem, równoważną alternatywę, która nie jest powiązana z takimi operacjami przetwarzania danych”. Takie działanie pozwala administratorom uniknąć warunkowości. W każdym razie należy również spełnić pozostałe kryteria „dobrowolnej” zgody.

„Równoważna alternatywa” oznacza alternatywną wersję usługi oferowanej przez tego samego administratora i nie wymaga zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej. W niniejszej opinii uwzględniono elementy, które mogą pomóc w zapewnieniu, aby alternatywa była faktycznie równoważna. Jeżeli wersja alternatywna różni się tylko w niezbędnym zakresie wynikającym z tego, że administrator nie może przetwarzać danych osobowych do celów reklamy behawioralnej, można ją zasadniczo uznać za równoważną.

Jeśli chodzi o nakładanie opłaty za dostęp do wersji usługi, która jest „równoważną alternatywą”, EROD przypomina, że danych osobowych nie można uznać za towar handlowy, a administratorzy powinni pamiętać o konieczności zapobiegania przekształcaniu podstawowego prawa do ochrony danych w opcję, za którą osoby, których dane dotyczą, muszą płacić. Administratorzy powinni oceniać w poszczególnych przypadkach, czy opłata jest w ogóle odpowiednia i jaka kwota jest odpowiednia w określonych okolicznościach, z uwzględnieniem możliwych alternatyw dla reklamy behawioralnej, które wiążą się z przetwarzaniem mniejszej ilości danych osobowych, oraz sytuacji osób, których dane dotyczą. Administratorzy powinni zapewnić, aby opłata nie blokowała osobom, których dane dotyczą, rzeczywistego wyboru w świetle wymogów ważnej zgody i zasad określonych w art. 5 RODO, w szczególności rzetelności. W tym względzie kluczowe znaczenie ma zasada rozliczalności. Zadaniem organów nadzorczych jest egzekwowanie stosowania RODO, co może także odnosić się do wpływu opłat na swobodę wyboru osób, których dane dotyczą.

Kolejnym warunkiem jest szczegółowość: w modelu „wyraź zgodę albo zapłać” osoba, której dane dotyczą, powinna mieć swobodę wyboru akceptowanego przez siebie celu przetwarzania i nie powinna otrzymywać jednego wniosku o zgodę łączącego w sobie kilka celów.

Ważna zgoda musi być również „konkretna”, tj. udzielona w jednym lub kilku konkretnych celach, i musi oznaczać jednoznaczne okazanie woli: w modelach „wyraź zgodę albo zapłać” szczególnie ważne jest to, aby administratorzy starannie określili sposób zwracania się do osób, których dane dotyczą, o wyrażenie zgody. Użytkownicy nie powinni mieć do czynienia ze zwodniczymi interfejsami.

Aby zgoda była „świadoma”, stworzony przez administratorów proces informowania powinien pozwalać osobom, których dane dotyczą, w pełni i jasno zrozumieć wartość, zakres i konsekwencje możliwych wyborów, z uwzględnieniem złożoności czynności przetwarzania związanych z reklamą behawioralną.

EROD przedstawia także wyjaśnienia dotyczące wycofania zgody i zaleca administratorom, aby dokładnie oceniali, jak często należy „aktualizować” zgodę.

Spis treści

1	Wprowadzenie	7
1.1	Streszczenie faktów	7
1.2	Dopuszczalność wniosku o wydanie opinii na podstawie art. 64 ust. 2 RODO	8
2	Definicje i zakres niniejszej opinii	9
2.1	Definicje	9
2.1.1	Definicja modeli „wyraż zgodę albo zapłać”	10
2.1.2	Definicja „reklamy behawioralnej”	10
2.1.3	Definicja „dużych platform internetowych” w kontekście niniejszej opinii	12
2.2	Zakres niniejszej opinii	13
3	Kontekst prawny	14
3.1	Odpowiednie przepisy RODO	14
3.2	Dodatkowe instrumenty prawne	15
3.3	Podsumowanie wyroku w sprawie Bundeskartellamt	16
3.4	Istniejące wytyczne EROD	18
4	Ocena EROD	18
4.1	Zasady i uwagi ogólne	18
4.2	Wymogi dotyczące ważnej zgody	20
4.2.1	Dobrowolna zgoda	21
4.2.2	Świadoma zgoda	35
4.2.3	Konkretna zgoda	38
4.2.4	Jednoznaczne okazanie woli	39
4.3	Elementy dodatkowe	40
4.3.1	Wycofanie zgody	40
4.3.2	Aktualizacja zgody	42
5	Wnioski	42

Europejska Rada Ochrony Danych

uwzględniając art. 63 i art. 64 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (zwanego dalej „RODO”),

uwzględniając Porozumienie EOG, w szczególności załącznik XI i protokół 37 do tego porozumienia, zmienione decyzją Wspólnego Komitetu EOG nr 154/2018 z dnia 6 lipca 2018 r.¹,

uwzględniając art. 10 i 22 swojego regulaminu wewnętrznego,

a także mając na uwadze, co następuje:

(1) Główną rolą Europejskiej Rady Ochrony Danych (zwanej dalej „Radą” lub „EROD”) jest zapewnienie spójnego stosowania RODO na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego („EOG”). Art. 64 ust. 2 RODO stanowi, że każdy organ nadzorczy, przewodniczący Europejskiej Rady Ochrony Danych lub Komisja mogą wystąpić o przeanalizowanie przez Europejską Radę Ochrony Danych w celu wydania opinii sprawy mającej charakter ogólny lub wywołującej skutki w więcej niż jednym państwie należącym do EOG. Celem niniejszej opinii jest przeanalizowanie sprawy mającej charakter ogólny lub wywołującej skutki w więcej niż jednym państwie należącym do EOG.

(2) Opinia EROD zostaje przyjęta zgodnie z art. 64 ust. 3 RODO w związku z art. 10 ust. 2 regulaminu wewnętrznego w terminie ośmiu tygodni po tym, jak jej przewodnicząca oraz właściwe organy nadzorcze podejmą decyzję, że dokumentacja jest kompletna. Ze względu na złożony charakter sprawy termin ten może zostać przedłużony o sześć tygodni decyzją przewodniczącej,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ OPINIĘ:

1 WPROWADZENIE

1.1 Streszczenie faktów

1. 17 stycznia 2024 r. niderlandzki organ nadzorczy, działający również w imieniu norweskiego organu nadzorczego i niemieckiego (hamburskiego) organu nadzorczego, zwane łącznie „wnioskującymi organami nadzorczymi”, zwrócił się do EROD o wydanie opinii w sprawie tzw. modeli „wyrząd zgodę albo zapłać” na podstawie art. 64 ust. 2 RODO („wniosek”).
2. 25 stycznia 2024 r. przewodnicząca EROD i niderlandzki organ nadzorczy uznały dokumentację za kompletną. W tym samym dniu sekretariat EROD podał dokumentację do wiadomości publicznej.

¹ Odniesienia do „państw członkowskich” zawarte w niniejszej opinii należy rozumieć jako odniesienia do „państw należących do EOG”.

3. Mówiąc w skrócie, wniosek dotyczy okoliczności, w których duże platformy internetowe, mające dużą liczbę użytkowników w Europejskim Obszarze Gospodarczym („EOG”), mogą korzystać z tzw. modeli „wyraż zgodę albo zapłać”² podczas przetwarzania danych do celów reklamy behawioralnej, w sposób spełniający wymóg ważnej, a przede wszystkim dobrowolnej zgody³.
4. Wnioskujące organy nadzorcze odwołują się do wytycznych EROD 05/2020 dotyczących zgody na mocy rozporządzenia 2016/679 (zwanymi dalej „wytycznymi EROD dotyczącymi zgody”) i podkreślają, że należy ocenić, czy osoby, których dane dotyczą, mające do czynienia z modelami „wyraż zgodę albo zapłać” „mają możliwość dokonania rzeczywistego wyboru”, biorąc pod uwagę „ryzyko wprowadzenia w błąd, zastraszenia, przymusu lub znaczących negatywnych konsekwencji”, lub czy pojawia się „jakikolwiek element przymusu, presji lub braku możliwości swobodnego okazania woli”⁴.
5. Wnioskujące organy nadzorcze wskazują ponadto, że powyższe kwestie należy rozpatrzyć z uwzględnieniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Bundeskartellamt⁵.
6. Ponadto w uzasadnieniu wniosku wnioskujące organy nadzorcze zwracają uwagę, że „kilku członków EROD przedstawiło już wytyczne dotyczące modeli »wyraż zgodę albo zapłać« na szczeblu krajowym, na przykład w odniesieniu do mediów”, oraz że chociaż te krajowe wytyczne są „cenne i stanowią dobry punkt wyjścia”, są „zazwyczaj skierowane do mniejszych administratorów”⁶. Dlatego wnioskujące organy nadzorcze dowodzą, że istnieje konieczność odniesienia się do konkretnych kwestii związanych z korzystaniem przez duże platformy internetowe z modeli „wyraż zgodę albo zapłać”, aby zapewnić spójną wykładnię i stosowanie RODO.

1.2 Dopuszczalność wniosku o wydanie opinii na podstawie art. 64 ust. 2 RODO

7. Art. 64 ust. 2 RODO stanowi, że w szczególności każdy organ nadzorczy może wystąpić o przeanalizowanie przez EROD w celu wydania opinii sprawy mającej charakter ogólny lub wywołującej skutki w więcej niż jednym państwie członkowskim.
8. Wnioskujące organy nadzorcze stwierdzają we wniosku, że „z punktu widzenia ochrony danych nie ma obecnie spójnego europejskiego podejścia do powyższej kwestii⁷ dotyczącej ważności zgody w przypadku modeli »wyraż zgodę albo zapłać«”⁸. Podkreślają także, że „jest to niepokojące, ponieważ

² Zob. definicja w sekcji 2.1.1 niniejszej opinii.

³ Wniosek o wydanie opinii na podstawie art. 64 ust. 2 RODO (zwany dalej „wnioskiem”), sekcja I („Wprowadzenie”), s. 1.

⁴ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), A. Ramy prawne dotyczące podstawowego pojęcia zgody, s. 2. W tym względzie zob. wytyczne EROD 05/2020 dotyczące zgody na mocy rozporządzenia 2016/679, przyjęte dnia 4 maja 2020 r. (zwane dalej „wytycznymi EROD dotyczącymi zgody”), pkt 24.

⁵ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), B. Związek między zgodą a modelami „wyraż zgodę albo zapłać”, s. 3. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2023 r., Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (zwany dalej „wyrokiem TSUE w sprawie Bundeskartellamt”). W szczególności wnioskujące organy nadzorcze przypominają pkt 143–144 i 148–150 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt.

⁶ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), C. Bieżące zmiany i potrzeba klarowności, s. 4. W szczególności wnioskujące organy nadzorcze przedkładają wraz z wnioskiem krajowe wytyczne zawierające ogólne kryteria dotyczące modeli „wyraż zgodę albo zapłać” wydane przez organy nadzorcze z Niemiec (Hamburga), Austrii i Francji.

⁷ Zob. pkt 3 niniejszej opinii.

⁸ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), C. Bieżące zmiany i potrzeba klarowności, s. 4.

ta kwestia jest [...] nierozdzielnie związana z wykładnią pojęcia zgody, a zatem sprawą mającą charakter ogólny odnoszącą się do kluczowego pojęcia z RODO”⁹.

9. Wniosek odnosi się do spójnej wykładni pojęcia zgody, a w szczególności do okoliczności, w których za ważną można uznać zgodę otrzymaną przez duże platformy internetowe przetwarzające dane osobowe do celów reklamy behawioralnej i stosujące modele „wyraź zgodę albo zapłać”. W związku z tym EROD uważa, że wniosek odnosi się do „sprawy mającej charakter ogólny” w rozumieniu art. 64 ust. 2 RODO. W szczególności sprawa dotyczy kwestii związanych z praktycznym wdrażaniem kluczowych przepisów RODO i w kwestiach tych nie ma obecnie spójnej wykładni na szczeblu UE. Można zatem stwierdzić, że w interesie ogólnym jest ocena tej kwestii w formie opinii EROD, aby zapewnić jednolite stosowanie RODO. Stosowanie modeli „wyraź zgodę albo zapłać” przez duże platformy internetowe wiąże się z konkretnymi kwestiami: jak podkreśliły wnioskujące organy nadzorcze, „brak jednolitego podejścia jest szczególnie naglący w przypadku dużych platform internetowych, które przyciągają w Europie miliony osób. Można stwierdzić, że w szczególności w przypadku takich dużych platform internetowych konieczne jest jednolite podejście do wszelkich kwestii mających charakter ogólny związanych z tego rodzaju administratorami, biorąc pod uwagę, że te platformy działają we wszystkich państwach członkowskich UE i państwach należących do EOG, a modele »wyraź zgodę albo zapłać« stosowane przez administratorów obsługujących tego rodzaju duże platformy internetowe mają wpływ na miliony Europejczyków”¹⁰.
10. We wniosku zawarto pisemne uzasadnienie dotyczące kontekstu i powodów skierowania zapytania do EROD, w tym odpowiednich ram prawnych, związku między zgodą a modelem „wyraź zgodę albo zapłać”, a także bieżących zmian w orzecznictwie TSUE oraz potrzeby klarowności i spójnej wykładni¹¹. W związku z tym EROD uznaje, że wniosek jest uzasadniony na podstawie art. 10 ust. 3 regulaminu wewnętrznego EROD¹².
11. Zgodnie z art. 64 ust. 3 RODO EROD nie wydaje opinii, jeżeli wydała już opinię w danej sprawie¹³. Jak wyjaśniono w sekcji 3.4 poniżej, EROD nie wydała opinii w tej sprawie i nie udzielała jeszcze odpowiedzi na pytania wynikające ze złożonego wniosku.
12. Z powyższych powodów EROD uznaje, że wniosek jest dopuszczalny, a wynikające z niego kwestie należy przeanalizować w niniejszej opinii („opinia”) przyjętej na podstawie art. 64 ust. 2 RODO.
13. Poniższa sekcja zawiera definicje modeli „wyraź zgodę albo zapłać”, „reklamy behawioralnej” i „dużych platform internetowych” w kontekście niniejszej opinii, a także opis zakresu niniejszej opinii.

2 DEFINICJE I ZAKRES NINIEJSZEJ OPINII

2.1 Definicje

⁹ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), C. Bieżące zmiany i potrzeba klarowności, s. 4.

¹⁰ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), C. Bieżące zmiany i potrzeba klarowności, s. 5.

¹¹ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), s. 1–5.

¹² Art. 10 ust. 3 regulaminu wewnętrznego EROD stanowi: „[w]nioski powinny zawierać uzasadnienie zgodnie treścią art. 64 ust. 2 RODO”.

¹³ Art. 64 ust. 3 RODO i art. 10 ust. 4 regulaminu wewnętrznego EROD.

2.1.1 Definicja modeli „wyraż zgodę albo zapłacić”

14. Modele „wyraż zgodę albo zapłacić”¹⁴ można zdefiniować jako modele, w których administrator oferuje osobom, których dane dotyczą, wybór między co najmniej dwiema opcjami uzyskania dostępu do usługi online świadczonej przez administratora: osoba, której dane dotyczą, może 1) wyrazić zgodę na przetwarzanie jej danych osobowych w określonym celu lub 2) podjąć decyzję o uiszczeniu opłaty i uzyskaniu dostępu do usługi online bez przetwarzania jej danych osobowych w danym celu. Niniejsza opinia skupia się na modelach, w których można wyrazić zgodę na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej.
15. W ramach pierwszej powyższej opcji osoby, których dane dotyczą, uzyskują dostęp do usługi tylko wtedy, gdy wyrażają zgodę na to, aby administrator ich śledził i kierował do nich reklamę behawioralną. W takim przypadku model biznesowy administratora jest zazwyczaj finansowany z reklam internetowych opartych na zachowaniach użytkowników.
16. W ramach drugiej opcji osoby, których dane dotyczą, uiszczają opłatę (którą może być np. subskrypcja tygodniowa, miesięczna lub roczna, a także płatność jednorazowa)¹⁵ i mają dostęp do wersji usługi bez przetwarzania danych osobowych użytkownika do celów reklamy behawioralnej. Należy jednak zauważyć, że chociaż ta druga opcja może oznaczać zupełny brak śledzenia osób, których dane dotyczą, może również oznaczać, że osoby, których dane dotyczą, będą nadal śledzone w innych celach, np. na potrzeby analizy użycia strony internetowej i poprawy jej funkcji. W każdym razie EROD przypomina, że takie cele muszą być prawnie uzasadnione i konkretne, a przetwarzanie musi mieć zgodną z prawem podstawę wynikającą z RODO. Ponadto pliki cookie lub technologie śledzenia mogą być nadal wykorzystywane, w ramach płatnej wersji usługi, do celów innych niż reklama behawioralna. Jeżeli zastosowana technologia wiąże się z dostępem do informacji w urządzeniu końcowym lub ich przechowywaniem w urządzeniu końcowym, podlega, w stosownych przypadkach, przepisom RODO oraz art. 5 ust. 3 dyrektywy o e-prywatności.
17. Chociaż w modelach „wyraż zgodę albo zapłacić” omówionych w niniejszej opinii osobie, której dane dotyczą, zazwyczaj odmawia się dostępu do usługi, jeżeli nie wyraża ona zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej ani nie uiszcza opłaty, EROD podkreśla, że osobom, których dane dotyczą, może być oferowana dodatkowa bezpłatna alternatywa bez reklamy behawioralnej, co opisano szczegółowo w sekcji 4.2.1.1 poniżej.

2.1.2 Definicja „reklamy behawioralnej”

18. EROD zauważa, że mechanizmy umożliwiające kierowanie spersonalizowanych reklam internetowych do osób, których dane dotyczą, z czasem się rozpowszechniły. Stały się też bardziej zaawansowane. Do użytkowników można kierować spersonalizowane reklamy na podstawie różnych kryteriów i technik, m.in. na podstawie informacji związanych z ich zachowaniem w internecie i poza internetem.

¹⁴ Zob. w tym względzie również dokumenty przyjęte na szczeblu krajowym, takie jak: (i) austriacki organ nadzorczy (DSB), „FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz”, 20 grudnia 2023 r., (ii) francuski organ nadzorczy (CNIL), „Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation”, 16 maja 2022 r. oraz (iii) Konferencja Niezależnych Organów Ochrony Danych w Niemczech (DSK), „Beschluss – der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder”, 22 marca 2023 r.

¹⁵ W takich przypadkach płatna subskrypcja może się także różnić w zależności od usług udostępnionych użytkownikowi, takich jak usługa podstawowa na pierwszym poziomie subskrypcji, usługa dodatkowa obejmująca dodatkowe/uzupełniające elementy lub funkcje.

19. Reklama behawioralna, która wiąże się z tworzeniem szczegółowych profili osób, których dane dotyczą, stała się kluczową funkcją niektórych modeli biznesowych w dzisiejszym środowisku online. Zgodnie z definicją zawartą w opinii 2/2010 Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej „reklama behawioralna” to „reklama oparta na obserwacji zachowania osób fizycznych, przez pewien czas”¹⁶. Grupa Robocza Art. 29 podkreśliła również, że reklama behawioralna „[d]ąży do zbadania charakterystyki tego zachowania poprzez analizę działań użytkowników (powtórnie odwiedzane strony, interakcje, słowa kluczowe, produkcja treści internetowych itd.) w celu opracowania specjalnego profilu, a co za tym idzie zapewnienia osobom, których dane dotyczą, reklam dopasowanych do ich ustalonych zainteresowań”¹⁷.
20. Jak wyjaśniono w przywołanej powyżej opinii Grupy Roboczej Art. 29, reklama behawioralna opiera się na danych gromadzonych przez obserwację aktywności użytkowników przez pewien czas (np. danych z odwiedzanych stron, czasie spędzonym na stronie pokazującej dany produkt, liczbie ponownych połączeń ze stroną, odznaczonych polubieniach lub ich lokalizacji). W takich przypadkach monitorowanie użytkowników odbywa się przy użyciu plików cookie lub innych podobnych technologii śledzenia (np. wtyczek społecznościowych lub pikseli). Użytkownicy mogą być śledzeni na różnych stronach internetowych przez różne podmioty (np. platformy i brokerów danych)¹⁸. Gromadzone dane, które w niektórych przypadkach mogą być połączone z danymi aktywnie przekazywanymi przez użytkowników (np. gdy tworzą oni konto online lub logują się na stronie internetowej) lub z danymi offline, pozwalają przedsiębiorstwom uzyskać informacje o użytkowniku i wyciągnąć wnioski na temat jego preferencji, gustów i zainteresowań¹⁹. Gdy administratorzy przetwarzają dane osobowe do celów reklamy behawioralnej, odbywa się szereg czynności przetwarzania. Obejmują one: monitorowanie zachowania osób, których dane dotyczą, gromadzenie danych osobowych i analizowanie ich w celu tworzenia i opracowywania profili użytkowników, udostępnianie danych osobowych osobom trzecim w ramach tworzenia i opracowywania profili użytkowników lub w celu skontaktowania reklamodawców z wydawcami, kierowanie do osób, których dane dotyczą, reklam spersonalizowanych na podstawie uzyskanego profilu oraz analizowanie interakcji użytkowników z reklamami prezentowanymi na podstawie ich profilu.
21. Z tego powodu reklamę behawioralną uznaje się za szczególnie inwazyjną formę reklamy, ponieważ może ona zapewnić administratorom bardzo szczegółowy obraz życia osobistego osób fizycznych. Ponadto, jak przypominała EROD w wytycznych nr 8/2020 w sprawie targetowania użytkowników mediów społecznościowych, ta forma reklamy wiąże się ze znaczącym ryzykiem dla podstawowych

¹⁶ Grupa Robocza Art. 29, Opinia 2/2010 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej, WP 171, przyjęta dnia 22 czerwca 2010 r. („opinia Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej”), s. 4.

¹⁷ Opinia Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej, s. 4.

¹⁸ Wytyczne EROD nr 8/2020 dotyczące targetowania użytkowników mediów społecznościowych, Wersja 2.0, przyjęte w dniu 13 kwietnia 2021 r. („wytyczne EROD dotyczące targetowania”), pkt 3.

¹⁹ Opinia Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej, s. 7 („Istnieją dwa podstawowe podejścia do tworzenia profili użytkowników: i) Profile predykcyjne tworzy się w drodze wnioskowania na podstawie obserwacji indywidualnego i zbiorowego zachowania użytkowników w czasie, w szczególności poprzez monitorowanie odwiedzanych stron oraz reklam, które użytkownik wyświetla, lub na które klika. ii) Profile jawne tworzy się na podstawie danych osobowych przekazywanych w ramach usługi sieciowej przez same osoby, których dane dotyczą, np. podczas rejestracji. Wspomniane podejścia można łączyć. Ponadto profile predykcyjne mogą stać się jawne później, kiedy osoba, której dotyczą dane utworzy dane logowania dla danej strony internetowej”).

praw i wolności osób, których dane dotyczą, w tym z możliwością dyskryminacji i wykluczenia oraz z możliwością manipulowania użytkownikami²⁰.

2.1.3 Definicja „dużych platform internetowych” w kontekście niniejszej opinii

22. Niniejsza opinia koncentruje się na modelach „wyraż zgodę albo zapłać” stosowanych przez „administratorów »dużych platform internetowych«, które przyciągają dużą liczbę użytkowników w EOG”²¹. Należy określić rodzaj platform, które wchodzą w zakres niniejszej opinii.
23. EROD przypomina, że w RODO nie zawarto definicji „platform internetowych”. Należy zatem określić znaczenie tego pojęcia. Do celów niniejszej opinii pojęcie „platformy internetowe” może obejmować między innymi „platformy internetowe” zdefiniowane w art. 3 lit. i) aktu o usługach cyfrowych²².
24. W kolejnych punktach EROD zwraca uwagę na pewne elementy, które należy ocenić w poszczególnych przypadkach w celu ustalenia, czy administratora należy uznać za „dużą platformę internetową” do celów niniejszej opinii. Ponieważ niektóre elementy mogą być bardziej istotne w przypadku niektórych administratorów niż w przypadku innych, poniższy wykaz elementów nie jest wyczerpujący ani obejmuje wymogów łącznych; ma natomiast na celu wskazanie aspektów, które mogą prowadzić do uznania administratora za „dużą platformę internetową” do celów niniejszej opinii.
25. Po pierwsze duże platformy internetowe to platformy, które przyciągają dużą liczbę osób, których dane dotyczą, jako swoich użytkowników.
26. Innym elementem, który może być istotny dla oceny, czy administratora można uznać za „dużą platformę internetową” jest pozycja przedsiębiorstwa na rynku.
27. Kolejnym aspektem, który należy przeanalizować w celu oceny, czy administratora można zakwalifikować jako „dużą platformę internetową”, jest to, czy przetwarza on dane na „dużą skalę”. EROD przypomina, że w RODO nie zdefiniowano, czym jest przetwarzanie na dużą skalę, mimo że w motywie 91 RODO zawarto pewne wytyczne. Grupa Robocza Art. 29 udzieliła jednak wskazówek (zatwierdzonych przez EROD) co do znaczenia „przetwarzania na dużą skalę” w kontekście art. 37 ust. 1 lit. b) i c) RODO, a w szczególności w odniesieniu do czynników, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy przetwarzanie odbywa się na dużą skalę. Te czynniki są również istotne dla celów niniejszej opinii. Obejmują one na przykład liczbę osób, których dane dotyczą, ilość danych i zasięg geograficzny czynności przetwarzania²³.

²⁰ Wytyczne EROD dotyczące targetowania, pkt 9–18.

²¹ Wniosek, sekcja I („Wprowadzenie”), s. 3.

²² Zgodnie z art. 3 lit. i) aktu o usługach cyfrowych „platforma internetowa” oznacza „usługę hostingu, która na żądanie odbiorcy usługi przechowuje i rozpowszechnia publicznie informacje, chyba że takie działanie jest nieznaczną lub wyłącznie poboczną cechą innej usługi lub nieznaczną funkcją głównej usługi, i ze względów obiektywnych i technicznych nie można z niej skorzystać bez takiej innej usługi, a włączenie takiej cechy lub funkcji w taką inną usługę nie jest sposobem na obejście stosowania [tego] rozporządzenia”.

²³ Zob. w tym względzie wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”), WP 243 rev.01, ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 5 kwietnia 2017 r., zatwierdzone przez EROD w dniu 25 maja 2018 r., s. 7–8, oraz wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 dotyczące oceny skutków dla ochrony danych oraz pomagające ustalić, czy przetwarzanie „może powodować wysokie ryzyko” do celów rozporządzenia 2016/679, WP 248 rev.01, ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 4 października 2017 r., zatwierdzone przez EROD w dniu 25 maja 2018 r., s. 10.

28. Definicja ta może obejmować między innymi niektórych administratorów „bardzo dużych platform internetowych”, zdefiniowanych w akcie o usługach cyfrowych²⁴, oraz „strażników dostępu”, zdefiniowanych w akcie o rynkach cyfrowych²⁵.

2.2 Zakres niniejszej opinii

29. EROD zgadza się z wnioskującymi organami nadzorczymi, że z punktu widzenia ochrony danych modele „wyraż zgodę albo zapłać” wiążą się z zasadniczymi kwestiami, w szczególności odnoszącymi się do wykładni i stosowania pojęcia zgody, o której mowa w art. 8 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz w art. 4, 5, 6 i 7 RODO.
30. Należy przypomnieć, że choć pojęcie zgody w RODO ma zastosowanie do każdego administratora chcącego korzystać z tej podstawy prawnej, w niniejszej opinii skupiono się na konkretnych – wskazanych we wniosku – kwestiach wiążących się z ważnością zgody, o którą zwracają się duże platformy internetowe stosujące modele „wyraż zgodę albo zapłać”. Platformy te znajdują się w charakterystycznej sytuacji pod względem niektórych kryteriów dotyczących ważnej zgody, np. w odniesieniu do braku równowagi sił. Użycie terminu „administrator” lub „administratorzy” w niniejszej opinii należy rozumieć jako obejmujące duże platformy internetowe określone w sekcji 2.1.3 powyżej.
31. Wobec powyższego niniejsza opinia dotyczy tylko oceny ważności zgody, gdy stanowi ona podstawę prawną przetwarzania danych osobowych do celów reklamy behawioralnej w kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać” stosowanych przez duże platformy internetowe. Czynniki wskazane w niniejszej opinii mają zastosowanie zazwyczaj – choć nie wyłącznie – do dużych platform internetowych. Niektóre z uwag przedstawionych w niniejszej opinii mogą okazać się przydatne w ujęciu ogólnym przy stosowaniu pojęcia zgody w kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać”.
32. EROD przypomina, że zgodnie z art. 51 ust. 1 RODO organy nadzorcze odpowiadają „za monitorowanie stosowania [RODO] w celu ochrony podstawowych praw i wolności osób fizycznych w związku z przetwarzaniem oraz ułatwiania swobodnego przepływu danych osobowych w Unii”²⁶. Ponadto zgodnie z art. 51 ust. 2 RODO „[k]ażdy organ nadzorczy przyczynia się do spójnego stosowania [RODO]

²⁴ Zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2065 z dnia 19 października 2022 r. w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych oraz zmiany dyrektywy 2000/31/WE (akt o usługach cyfrowych) bardzo duże platformy internetowe to platformy internetowe, „które mają średnią liczbę miesięcznie aktywnych odbiorców usługi w Unii wynoszącą co najmniej 45 mln i które zostały wskazane jako bardzo duże platformy internetowe” przez Komisję Europejską na podstawie art. 33 ust. 4 aktu o usługach cyfrowych. Zgodnie z art. 3 lit. i) aktu o usługach cyfrowych platforma internetowa jest usługą hostingu, która na żądanie odbiorcy usługi przechowuje i rozpowszechnia publicznie informacje.

²⁵ Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1925 z dnia 14 września 2022 r. w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym oraz zmiany dyrektyw (UE) 2019/1937 i (UE) 2020/1828 (akt o rynkach cyfrowych) strażnikami dostępu są przedsiębiorstwa, które spełniają łącznie następujące trzy warunki: (i) wywierają znaczący wpływ na rynek wewnętrzny; (ii) świadczą podstawową usługę platformową będącą ważnym punktem dostępu, za pośrednictwem którego użytkownicy biznesowi docierają do użytkowników końcowych; (iii) zajmują ugruntowaną i trwałą pozycję w zakresie prowadzonej przez siebie działalności lub można przewidzieć, że zajmą taką pozycję w niedalekiej przyszłości. Zgodnie z art. 2 pkt 2 do podstawowych usług platformowych należą: a) usługi pośrednictwa internetowego; b) wyszukiwarki internetowe; c) internetowe serwisy społecznościowe; d) usługi platformy udostępniania wideo; e) usługi łączności interpersonalnej niewykorzystujące numerów; f) systemy operacyjne; g) przeglądarki internetowe; h) wirtualni asystenci; i) usługi przetwarzania w chmurze; j) internetowe usługi reklamowe, w tym sieci reklamowe, giełdy reklamowe i inne usługi pośrednictwa w zakresie reklam, świadczone przez przedsiębiorstwo, które świadczy dowolne podstawowe usługi platformowe wymienione w lit. a)–i).

²⁶ Zob. również art. 57 ust. 1 RODO zawierający wykaz zadań organów nadzorczych.

w całej Unii”. W związku z tym do kompetencji organów nadzorczych należy ocena ważności zgody użytej jako podstawa prawna przetwarzania danych osobowych, w tym gdy taka zgoda jest uzyskana w kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać”, w których dane osobowe są przetwarzane do celów reklamy behawioralnej.

33. Zgodnie z powyższym w niniejszej opinii określa się zasady ramowe dla administratorów i organów nadzorczych w zakresie oceny ważności zgody w modelach „wyraż zgodę albo zapłać” przez odniesienie się kolejno do każdego z wymogów dotyczących zgody na podstawie RODO. Należy zauważyć, że konieczna pozostaje indywidualna ocena tych kryteriów.

3 KONTEKST PRAWNY

3.1 Odpowiednie przepisy RODO

34. EROD uznaje, że do celów niniejszej opinii najważniejsze odpowiednie przepisy RODO to art. 4, 5, 6 i 7, a także motywy 32, 42 i 43.
35. W art. 4 pkt 11 RODO definiuje się zgodę jako „dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”. Wyrażenie zgody przez osobę, której dane dotyczą, jest jedną ze zgodnych z prawem podstaw przetwarzania danych osobowych, określoną w art. 6 ust. 1 lit. a) RODO²⁷.
36. Dodatkowo należy również przypomnieć, że administratorzy muszą przetwarzać dane osobowe zgodnie ze wszystkimi obowiązującymi przepisami RODO, a w szczególności z zasadami ochrony danych określonymi w art. 5 RODO²⁸ oraz z zasadą uwzględniania ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych określoną w art. 25 RODO²⁹.
37. W art. 7 oraz motywach 32, 42 i 43 RODO określono dodatkowe wymogi i wskazówki dotyczące tego, jak administratorzy muszą spełniać główne elementy wymogów dotyczących zgody.
38. W szczególności art. 7 RODO określa warunki ważności zgody i stanowi, po pierwsze, że „[j]eżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie zgody, administrator musi być w stanie wykazać, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych”. Jest to również związane z zasadą rozliczalności określoną w art. 5 ust. 2 RODO.
39. Zgodnie z art. 7 ust. 2 RODO „[j]eżeli osoba, której dane dotyczą, wyrażą zgodę w pisemnym oświadczeniu, które dotyczy także innych kwestii, zapytanie o zgodę musi zostać przedstawione

²⁷ W szczególności zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) RODO „[p]rzetwarzanie jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – i w takim zakresie, w jakim – spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków: a) osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów”.

²⁸ Zob. również wytyczne EROD dotyczące targetowania, pkt 58: „EROD przypomina, że uzyskanie zgody nie zwalnia administratora z obowiązków przestrzegania zasad przetwarzania zawartych w RODO, w szczególności w art. 5, w odniesieniu do rzetelności, konieczności i proporcjonalności oraz jakości danych, ani w żaden sposób nie zmniejsza zakresu tych obowiązków. Nawet gdyby przetwarzanie danych osobowych odbywało się na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, nie uczyniłoby to legalnym targetowania, które jest nieproporcjonalne lub nierzetelne”. Zob. również wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 5.

²⁹ Zob. Wytyczne EROD nr 4/2019 dotyczące artykułu 25, Uwzględnianie ochrony danych w fazie projektowania oraz domyślna ochrona danych, Wersja 2.0, przyjęte 20 października 2020 r. („wytyczne dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych”).

w sposób pozwalający wyraźnie odróżnić je od pozostałych kwestii, w zrozumiałej i łatwo dostępnej formie, jasnym i prostym językiem”, oraz „[c]zęść takiego oświadczenia osoby, której dane dotyczą, stanowiąca naruszenie [RODO] nie jest wiążąca”.

40. W art. 7 ust. 3 określono prawo osoby, której dane dotyczą, do wycofania zgody w dowolnym momencie. W takich przypadkach „[w]ycofanie zgody nie wpływa na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej wycofaniem”. Osoba, której dane dotyczą, jest o tym informowana przed wyrażeniem zgody. RODO stanowi również, że „wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie”.
41. Jak stwierdzono w art. 7 ust. 4 RODO, „[o]ceniając, czy zgodę wyrażono dobrowolnie, w jak największym stopniu uwzględnia się, czy między innymi od zgody na przetwarzanie danych nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy”.

3.2 Dodatkowe instrumenty prawne

42. EROD zdaje sobie sprawę, że niektóre aspekty modeli „wyraź zgodę albo zapłać” mogą także wchodzić w zakres innych unijnych instrumentów prawnych, które warto przywołać, mimo że nie mieszczą się one w zakresie niniejszej opinii.
43. EROD przypomina, że pojęcie „zgody” w rozumieniu RODO jest również istotne z punktu widzenia stosowania dyrektywy o e-prywatności³⁰ oraz wdrażania przepisów krajowych³¹. Ponadto zgodnie z art. 2 lit. f) dyrektywy o e-prywatności zgoda użytkownika lub abonenta odpowiada zgodzie osoby, której dane dotyczą, określonej w RODO. Chociaż w niniejszej opinii skupiono się na wykładni zgody jako podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych określonej w art. 6 ust. 1 lit. a) RODO, zawarte tu uwagi dotyczące pojęcia zgody są również istotne w odniesieniu do dyrektywy o e-prywatności jako *lex specialis*³².
44. EROD podkreśla, że niektóre aspekty kwestii poruszonej we wniosku mają również znaczenie w odniesieniu do prawa konsumenckiego i prawa konkurencji oraz mogą być analizowane także w kontekście takich instrumentów prawnych jak m.in. dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych³³. Nawet jeśli niniejsza opinia nie odnosi się do tych innych dziedzin prawa ani

³⁰ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), zmieniona dyrektywą 2006/24/WE i dyrektywą 2009/136/WE.

³¹ Zob. motyw 173 RODO, w którym wyjaśniono związek *lex specialis* – *lex generalis* między dyrektywą 2002/58/WE a RODO.

³² Np. art. 5 ust. 3 dyrektywy o e-prywatności, w którym wymaga się zgody na dostęp do informacji lub przechowywanie informacji w urządzeniu końcowym, chyba że zastosowanie ma jeden z wyjątków. Zob. opinia EROD nr 5/2019 w sprawie wzajemnej zależności między dyrektywą o prywatności i łączności elektronicznej a RODO, w szczególności w zakresie właściwości, zadań i uprawnień organów ochrony danych, przyjęta 12 marca 2019 r., pkt 40.

³³ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”). Inne instrumenty prawne istotne z punktu widzenia prawa konsumenckiego to na przykład dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów oraz dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

instrumentów prawnych, może odnosić się do ujętych w nich pojęć lub zasad w celu stworzenia odpowiednich kryteriów analizy i wspierania spójnego stosowania prawa Unii.

45. EROD zdaje sobie sprawę, że istotne znaczenie może mieć także dyrektywa (UE) 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych („dyrektywa w sprawie treści cyfrowych”)³⁴.
46. EROD zauważa ponadto, że w niektórych przepisach aktu o rynkach cyfrowych³⁵, np. w art. 5 ust. 2, określono szczegółowe zasady dotyczące tzw. „strażników dostępu” przetwarzających dane osobowe³⁶ oraz że art. 5 ust. 2 aktu o rynkach cyfrowych odnosi się do pojęcia zgody w rozumieniu RODO.
47. Ponadto EROD zauważa, że w akcie o usługach cyfrowych określono szczególne obowiązki dostawców platform internetowych oraz dostawców bardzo dużych platform internetowych³⁷. Niniejsza opinia odnosi się do odpowiednich przepisów aktu o rynkach cyfrowych i aktu o usługach cyfrowych w zakresie niezbędnym do wspierania spójnego stosowania prawa UE³⁸.
48. Biorąc pod uwagę, że prawo konkurencji i prawo ochrony konsumentów są istotne w odniesieniu do niektórych aspektów modeli „wyraż zgodę albo zapłać”, EROD zwróciła się do krajowych i unijnych organów regulacji w tych dziedzinach prawa o przekazanie uwag na temat modeli „wyraż zgodę albo zapłać”.

3.3 Podsumowanie wyroku w sprawie Bundeskartellamt

49. W wyroku wydanym 4 lipca 2023 r. TSUE odniósł się do kilku pytań wynikających z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Pierwsze z pytań skierowanych do Trybunału dotyczyło tego, czy organ ochrony konkurencji, badając potencjalne nadużycie pozycji dominującej w świetle prawa konkurencji, może badać, czy dane przedsiębiorstwo dopuściło się zachowań niezgodnych z RODO³⁹. W udzielonej odpowiedzi Trybunał podkreślił obowiązek lojalnej współpracy między organami ochrony konkurencji a organami nadzorczymi ds. ochrony danych⁴⁰. Dodatkowe pytania dotyczyły wykładni art. 9 RODO⁴¹ i art. 6 ust. 1 lit. b), d), e) i f) RODO⁴².

³⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych („dyrektywa w sprawie treści cyfrowych”).

³⁵ Rozporządzenie (UE) 2022/1925 (akt o rynkach cyfrowych).

³⁶ W tym względzie istotne są również motywy 36 i 37 aktu o rynkach cyfrowych.

³⁷ W szczególności art. 33 ust. 1 aktu o usługach cyfrowych stanowi, że „sekcja [5 aktu o usługach cyfrowych] ma zastosowanie do platform internetowych [...], które mają średnią liczbę miesięcznie aktywnych odbiorców usługi w Unii wynoszącą co najmniej 45 mln i które zostały wskazane jako bardzo duże platformy internetowe [...] na podstawie ust. 4”.

³⁸ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE w przypadku, gdy dwa akty prawne UE o tej samej wartości hierarchicznej nie ustanawiają pierwszeństwa jednego względem drugiego, należy je stosować w sposób zgodny, umożliwiający ich spójne stosowanie. Zob. np. wyrok Sądu z dnia 3 maja 2018 r. w sprawie T-653/16 Malta/Komisja, ECLI:EU:T:2018:241, pkt 137.

³⁹ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 36–63.

⁴⁰ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 53.

⁴¹ Do pytania dotyczącego wykładni art. 9 ust. 1 RODO Trybunał odniósł się w pkt 64–85 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt.

⁴² W szczególności pkt 86–139 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt. Pkt 86 oraz 97–126 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt odnoszą się do art. 6 ust. 1 lit. b) i f) RODO. Pkt 127–139 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt odnoszą się do art. 6 ust. 1 lit. d) i e) RODO.

50. Jeśli chodzi o ostatnią kwestię, jak przypomniały wnioskujące organy nadzorcze, wyrok w sprawie Bundeskartellamt odniósł się do pytania, czy „zgoda udzielona przez użytkownika internetowej sieci społecznościowej operatorowi tej sieci może zostać uznana za spełniającą przewidziane w art. 4 pkt 11 [RODO] przesłanki ważności, a w szczególności wymóg, by zgoda ta była udzielana dobrowolnie, w sytuacji gdy operator ten zajmuje pozycję dominującą na rynku internetowych sieci społecznościowych”⁴³.
51. TSUE przypomniał przede wszystkim definicję zgody zawartą w art. 4 pkt 11 RODO, a także w art. 7 ust. 4 oraz motywach 42 i 43 RODO⁴⁴. Jak wskazano we wniosku, TSUE stwierdził, że istnienie pozycji dominującej dostawcy internetowej sieci społecznościowej „nie stoi [samo] w sobie na przeszkodzie temu, by użytkownicy takiej sieci mogli skutecznie wyrazić zgodę, w rozumieniu art. 4 pkt 11 [RODO], na przetwarzanie ich danych osobowych przez tego operatora”⁴⁵.
52. TSUE wyjaśnił jednak, że pozycja dominująca to „element istotny dla ustalenia tego, czy zgoda ta została rzeczywiście udzielona skutecznie i – w szczególności – dobrowolnie, czego udowodnienie należy do tego operatora”⁴⁶. Okoliczność ta może bowiem „mieć wpływ na swobodę wyboru tego użytkownika, który mógłby nie być w stanie odmówić lub wycofać zgody bez niekorzystnych dla siebie konsekwencji”⁴⁷ i „skutkować powstaniem wyraźnego braku równowagi [...] między osobą, której dane dotyczą, a administratorem danych”⁴⁸.
53. TSUE wspominał dodatkowo, że choć nie ma to kluczowego znaczenia dla rozstrzygnięcia Trybunału, jeżeli okazuje się, iż niektóre operacje przetwarzania danych nie są konieczne do wykonania umowy⁴⁹, „[u]żytkownicy [...] powinni zatem mieć swobodę odmówienia indywidualnie, w ramach procesu zmierzającego do zawarcia umowy, wyrażenia zgody na poszczególne operacje przetwarzania danych, które nie są niezbędne do wykonania umowy, przy czym nie są oni jednak zobowiązani do całkowitego zrezygnowania z korzystania z usługi oferowanej przez operatora internetowej sieci społecznościowej, co oznacza, że użytkownikom tym oferuje się, w stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem, równoważną alternatywę, która nie jest powiązana z takimi operacjami przetwarzania danych”⁵⁰.
54. Odnosząc się do motywu 43 RODO, TSUE podkreślił również, że zgody „nie uważa się za dobrowolną, jeżeli nie można jej wyrazić z osobna na różne operacje przetwarzania danych osobowych, mimo że w danym przypadku byłoby to stosowne”. Wskazał także, że szczególnie ważnymi czynnikami w rozpatrywanej sprawie są „skala przetwarzania danych” i „istotny wpływ, jaki wywiera ono na użytkowników [...] sieci”, a także racjonalne oczekiwania użytkowników. W związku z tym TSUE ponownie skierował sprawy do sądu odsyłającego, wskazując, że sąd ten powinien zweryfikować, czy

⁴³ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), B. Związek między zgodą a modelami „wyraź zgodę albo zapłać”, s. 3, w odniesieniu do pkt 140 wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt.

⁴⁴ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 142–145.

⁴⁵ Zob. wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 154.

⁴⁶ Zob. wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 154.

⁴⁷ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 148, w odniesieniu do motywu 42 RODO.

⁴⁸ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 149, w odniesieniu do motywu 43 i art. 7 ust. 4 RODO.

⁴⁹ W tym względzie Sąd odniósł się również w pkt 149 do pkt 102–104 powyżej.

⁵⁰ Wniosek, sekcja II („Kontekst i uzasadnienie niniejszego wniosku”), B. Związek między zgodą a modelami „wyraź zgodę albo zapłać”, s. 3, w odniesieniu do wyroku TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 140.

użytkownicy mieli możliwość wyrażenia odrębnej zgody na przetwarzanie danych w odniesieniu do ich zachowania w sieci społecznościowej oraz danych zebranych „poza platformą”⁵¹.

3.4 Istniejące wytyczne EROD

55. Istotne znaczenie dla niniejszej opinii mają różne wytyczne przyjęte przez EROD⁵². W tym względzie szczególnie istotne są wytyczne EROD 05/2020 dotyczące zgody⁵³. Odnoszą się do warunków dobrowolnej zgody osób, których dane dotyczą, oraz pozostałych elementów ważnej zgody. W wytycznych 05/2020 nie rozstrzygnięto jednak w pełni kwestii przedstawionej EROD przez wnioskujące organy nadzorcze, ponieważ nie wyjaśniono w nich, w jaki sposób ogólne wytyczne EROD dotyczące zgody powinny być stosowane w kontekście modeli „wyraź zgodę albo zapłać” stosowanych przez duże platformy internetowe, które przyciągają dużą liczbę użytkowników w EOG i na podstawie zgody przetwarzają ich dane osobowe do celów reklamy behawioralnej⁵⁴. Dlatego EROD powinna odnieść się do kwestii podniesionej we wniosku i wydać opinię EROD na podstawie art. 64 ust. 2 RODO.
56. Jako że celem niniejszej opinii jest stworzenie ram przeprowadzania oceny modeli „wyraź zgodę albo zapłać” stosowanych przez duże platformy internetowe, przeanalizowane zostaną po kolei wszystkie łączne wymogi składających się na zgodę na podstawie RODO.

4 OCENA EROD

4.1 Zasady i uwagi ogólne

57. W art. 5 RODO określono zasady przetwarzania danych osobowych. W tym względzie EROD wyjaśniła już, że uzyskanie zgody nie zwalnia administratora z przestrzegania wszystkich zasad określonych w art. 5 RODO⁵⁵ (ani pozostałych obowiązków przewidzianych w RODO). **Nawet jeśli podstawą przetwarzania jest zgoda, nie uzasadnia ona gromadzenia danych osobowych w zakresie wykraczającym poza to, co jest konieczne do określonego celu, lub w sposób nieuczciwy wobec osób, których dane dotyczą**⁵⁶.
58. Przetwarzanie danych powinno być zgodne z zasadami **konieczności i proporcjonalności**⁵⁷. Bardzo istotne jest poszanowanie zasad **ograniczenia celu i minimalizacji danych**⁵⁸. Zgodnie z zasadą

⁵¹ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 151.

⁵² Wśród nich są wytyczne EROD dotyczące zgody oraz wytyczne EROD dotyczące targetowania.

⁵³ Wytyczne EROD dotyczące zgody.

⁵⁴ W wytycznych EROD dotyczących zgody EROD wyjaśniła swoje stanowisko na temat tzw. *cookie walls*, w przypadku których osoby, których dane dotyczą, mają wybór między wyrażeniem zgody na przechowywanie informacji w swoich urządzeniach końcowych a brakiem dostępu do usługi. Jest to przykład sytuacji, w której zgody udzielonej przez osoby, których dane dotyczą, nie można uznać za „dobrowolną”.

⁵⁵ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 5 („Ponadto również uzyskanie zgody nie zwalnia administratora z obowiązków przestrzegania zasad przetwarzania zawartych w RODO [...] ani w żaden sposób nie zmniejsza zakresu tych obowiązków”).

⁵⁶ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 5 („Nawet gdyby osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie danych osobowych, nie uczyniłoby to legalnym gromadzenia danych, które nie są konieczne w związku z określonym celem przetwarzania, i byłoby ono zasadniczo nieuczciwe”).

⁵⁷ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 5 („Ponadto również uzyskanie zgody nie zwalnia administratora z obowiązków przestrzegania zasad przetwarzania zawartych w RODO, w szczególności w art. 5 RODO, w odniesieniu do rzetelności, konieczności i proporcjonalności oraz jakości danych, ani w żaden sposób nie zmniejsza zakresu tych obowiązków”).

⁵⁸ Zob. art. 5 ust. 1 lit. b) i c) RODO.

ograniczenia celu dane osobowe muszą być zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach⁵⁹. Administratorzy są odpowiedzialni za jasne określenie celów przetwarzania, w tym w odniesieniu do przetwarzania dokonywanego do celów reklamy behawioralnej⁶⁰. Ponadto administratorzy muszą zapewnić przestrzeganie zasady minimalizacji danych⁶¹, zgodnie z którą dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne i ograniczone do tego, co jest niezbędne do celów ich przetwarzania, i która stanowi wyraz zasady proporcjonalności⁶². W tym względzie administratorzy powinni przede wszystkim ustalić, czy w ogóle muszą przetwarzać dane osobowe do swoich odpowiednich celów, oraz **sprawdzić, czy odpowiednie cele można osiągnąć za pomocą mniej inwazyjnych środków, przetwarzania mniejszej ilości danych osobowych** albo posiadania mniej szczegółowych lub zagregowanych danych osobowych⁶³. W tym kontekście istotna jest sekcja 4.2.1.1 poniżej.

59. EROD zauważa, że reklama behawioralna może obejmować gromadzenie i opracowywanie jak największej ilości danych osobowych dotyczących osób fizycznych i ich działań, potencjalne monitorowanie ich całego życia w internecie i poza nim⁶⁴. EROD uważa, że skalę i inwazyjność przetwarzania należy wziąć pod uwagę przy ocenie zgodności z zasadą minimalizacji danych. Nadmierne śledzenie, polegające na połączeniu różnych źródeł danych na różnych stronach internetowych, jest zatem trudniej pogodzić z zasadą minimalizacji danych niż np. system spersonalizowanej reklamy, w którym użytkownicy sami aktywnie i świadomie określają swoje preferencje.
60. Czynności przetwarzania zawsze powinny być zgodne z zasadą **rzetelności**⁶⁵. Kluczowe elementy zasady rzetelności obejmują m.in. konieczność, aby przetwarzanie odpowiadało uzasadnionym oczekiwaniom osób, których dane dotyczą; konieczność, aby administrator nie dyskryminował nieuczciwie osób, których dane dotyczą, ani nie wykorzystywał ich potrzeb lub słabości; konieczność unikania lub wyjaśnienia braku równowagi sił oraz konieczność unikania mylących lub manipulujących sformułowań lub konstrukcji⁶⁶. W tym względzie EROD przypomina o konieczności unikania zwodniczych interfejsów⁶⁷. Dodatkowo administrator powinien wziąć pod uwagę szerszy wpływ przetwarzania na prawa i godność osób fizycznych oraz przyznać osobom, których dane dotyczą, jak najwyższy zakres autonomii⁶⁸. Ma to zasadnicze znaczenie dla administratorów, zwłaszcza gdy prowadzone przez nich przetwarzanie jest szczególnie inwazyjne. EROD zauważa także, że rzetelność może być łatwo zrozumiałym kryterium bądź punktem odniesienia dla administratorów przy ocenie modelu „wyraż zgodę albo zapłać”. W tym względzie ważne jest, aby administratorzy byli w stanie wykazać, dlaczego uznają niektóre wybierane opcje za zgodne z zasadą rzetelności opisaną w poprzednim punkcie. Jest to szczególnie ważne, jeżeli administrator zawęzi zakres opcji wybieranych przez osobę, której dane dotyczą, (np. nie zapewniając bezpłatnej alternatywy bez reklamy

⁵⁹ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, sekcja 3.4.

⁶⁰ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 72 (w odniesieniu do elementów „ustalenie z góry” i „specyfika” celów w ramach zasady ograniczenia celu).

⁶¹ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, sekcje 3.4 i 3.5.

⁶² TSUE, wyrok Trybunału w sprawie C-439/19 (Latvijas Republikas Saeima), pkt 98.

⁶³ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 51 i 74.

⁶⁴ Zob. sekcja 2.1.2 powyżej.

⁶⁵ Art. 5 ust. 1 lit. a) RODO.

⁶⁶ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 70.

⁶⁷ Wytyczne EROD 03/2022 dotyczące zwodniczych interfejsów platform społecznościowych: jak je rozpoznać i ich unikać, Wersja 2.0, przyjęte 14 lutego 2023 r. („wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów”).

⁶⁸ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 70.

behawioralnej, opisanej w sekcji 4.2.1.1 poniżej) lub ukształtuje możliwości tak, że powstanie ryzyko nadmiernego wpływu na wybór osoby, której dane dotyczą (np. pobierając taką opłatę, która skutecznie utrudnia osobom, których dane dotyczą, dokonywanie swobodnego wyboru).

61. Administratorzy mają także przestrzegać zasady **przejrzystości**. Stosując tę zasadę, powinni umożliwiać osobom, których dane dotyczą, łatwe zrozumienie tego, jak ich wybór przełoży się na przetwarzanie ich danych osobowych⁶⁹. W odniesieniu do zgody kwestię tę opisano bardziej szczegółowo w sekcji 4.2.2.
62. Zgodnie z art. 25 ust. 1 RODO administrator musi przestrzegać zasady **uwzględniania ochrony danych w fazie projektowania**. To oznacza, że administrator wdraża odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, które są zaprojektowane w celu realizacji zasad ochrony danych oraz w celu uwzględnienia niezbędnych zabezpieczeń w przetwarzaniu, tak by spełnić wymogi oraz chronić prawa i wolności osób, których dane dotyczą⁷⁰.
63. Ponadto zgodnie z art. 25 ust. 2 RODO administrator musi przestrzegać zasady **domyślnej ochrony danych**. To oznacza, że administrator powinien wybrać takie domyślne ustawienia i opcje przetwarzania, aby domyślnie realizowane było jedynie przetwarzanie, które jest ściśle niezbędne do osiągnięcia ustalonego, zgodnego z prawem celu, a także odpowiadać za wdrożenie tych ustawień i opcji. To oznacza, że domyślnie administrator nie gromadzi większej ilości danych, niż jest to niezbędne, nie przetwarza zgromadzonych danych w zakresie większym, niż jest to niezbędne do realizacji określonych celów, ani nie przechowuje danych dłużej, niż jest to niezbędne⁷¹.
64. Ze szczególnej ochrony korzystają dzieci, zwłaszcza w kontekście celów profilowania i marketingu⁷². W szczególności do **dzieci** nie należy kierować reklamy behawioralnej⁷³, a co za tym idzie, nie powinny mieć one do czynienia z modelami „wyraż zgodę albo zapłać” pozyskującymi zgodę na takie przetwarzanie.
65. Szczególne znaczenie ma w tym względzie zasada **rozliczalności** określona w art. 5 ust. 2 RODO, zgodnie z którym administrator jest odpowiedzialny za przestrzeganie pozostałych zasad określonych w art. 5 RODO⁷⁴ i musi być w stanie wykazać ich przestrzeganie. W odniesieniu do zgody art. 7 ust. 1 wyraźnie stanowi, że jeżeli prawną podstawą przetwarzania jest zgoda, administrator musi być w stanie wykazać, że osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na przetwarzanie. Jak podkreślił TSUE w wyroku Bundeskartellamt⁷⁵, administrator musi być w stanie wykazać, że w świetle okoliczności przetwarzania zgoda osoby, której dane dotyczą, była wyrażona dobrowolnie oraz że wszystkie inne warunki ważnej zgody zostały spełnione.

4.2 Wymogi dotyczące ważnej zgody

66. Aby odpowiedzieć na pytanie, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach duże platformy internetowe mogą korzystać z modeli „wyraż zgodę albo zapłać” związanych z reklamą behawioralną w sposób zakładający ważną – a w szczególności dobrowolną – zgodę, w niniejszej opinii

⁶⁹ Motyw 39 RODO; wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie przejrzystości, pkt 4; wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 66.

⁷⁰ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 7.

⁷¹ Wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 42.

⁷² Motyw 38 RODO.

⁷³ Zob. również art. 28 ust. 2 aktu o usługach cyfrowych.

⁷⁴ Zob. w tym względzie TSUE, wyrok Trybunału w sprawie C-175/20, SIA „SS”/Valsts ienēmumu dienests, ECLI:EU:C:2022:124, pkt 77.

⁷⁵ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 152.

przeanalizowane zostaną po kolei wszystkie łączne wymogi składające się na zgodę na podstawie RODO.

4.2.1 Dobrowolna zgoda

67. Kryterium „dobrowolnej zgody” ma zasadnicze znaczenie dla zrozumienia zgody jako podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych. Odrębny charakter zgody jako podstawy prawnej przetwarzania polega na tym, że to decyzja osoby, której dane dotyczą („jednoznaczne okazanie woli osoby, której dane dotyczą”) – a przede wszystkim jej swoboda wyboru co do podjęcia tej decyzji – stanowi warunek zgodności przetwarzania z prawem.
68. Administratorzy muszą dopilnować, aby osoby, których dane dotyczą i do których zwrócili się o zgodę na przetwarzanie ich danych osobowych, miały rzeczywistą swobodę wyboru, i administratorzy nie mogą ograniczać autonomii osób, których dane dotyczą, przez sprawianie, że odmowa jest trudniejsza niż zgoda⁷⁶. Jest to poparte także jednym z głównych celów RODO, którym jest zapewnienie osobom, których dane dotyczą, kontroli nad własnymi danymi osobowymi⁷⁷. Aby zgoda była dobrowolna, osoby, których dane dotyczą, muszą być w stanie samodzielnie ustalić, czy przetwarzanie może mieć miejsce, bez niewłaściwego wpływu ze strony administratora lub innych osób⁷⁸, oraz muszą otrzymać odpowiednie informacje na temat przetwarzania⁷⁹.
69. EROD wcześniej stwierdziła, że słowo „dobrowolność” zakłada rzeczywistą możliwość dokonania wyboru przez osoby, których dane dotyczą, i sprawowania przez nie kontroli oraz że zgodnie z RODO, „jeżeli osobie, której dane dotyczą, nie przysługuje rzeczywista możliwość wyboru, czuje się ona zmuszona do wyrażenia zgody lub poniesie negatywne konsekwencje w przypadku jej niewyrażenia, zgoda będzie nieważna”⁸⁰. Jak EROD wielokrotnie podkreśliła, zgoda może być ważna wyłącznie wówczas, gdy osoba, której dane dotyczą, ma możliwość dokonania rzeczywistego wyboru i nie zachodzi ryzyko wprowadzenia w błąd, zastraszenia, przymusu ani znaczących negatywnych konsekwencji, jeżeli osoba ta nie wyrazi zgody. Zgoda nie będzie dobrowolna wówczas, gdy pojawi się jakikolwiek element przymusu, presji lub braku możliwości swobodnego okazania woli⁸¹.
70. W RODO określono szereg kryteriów, które należy stosować przy ocenie, czy kontekst i okoliczności przetwarzania danych zapewniają osobom, których dane dotyczą, wystarczającą autonomię, aby ich zgodę można było uznać za „dobrowolną”. Jak wyjaśniła EROD w wytycznych dotyczących zgody, główne kryteria do przeanalizowania przy ocenie ważności zgody to: czy osoba, której dane dotyczą, ponosi niekorzystne konsekwencje wskutek niewyrażenia lub wycofania zgody; czy występuje brak równowagi sił między osobą, której dane dotyczą, a administratorem; czy zgoda jest wymagana, aby uzyskać dostęp do towarów lub usług, nawet jeśli przetwarzanie nie jest konieczne do wykonania umowy (warunkowość); oraz czy osoba, której dane dotyczą, jest w stanie wyrazić zgodę na różne

⁷⁶ To samo dotyczy także wycofania zgody, zob. art. 7 ust. 2 RODO.

⁷⁷ Zob. motywy 7, 42 i 43 RODO. Kolejnymi przykładami przepisów mających na celu zwiększenie kontroli osób, których dane dotyczą, nad własnymi danymi osobowymi są zasada przejrzystości oraz prawa osób, których dane dotyczą, określone w rozdziale III RODO.

⁷⁸ Zob. w tym względzie wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów, jako że – jak wskazano w pkt 3 tych wytycznych – „zwodnicze interfejsy” mogą ograniczać zdolność osób, których dane dotyczą, do wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody.

⁷⁹ W tym względzie istotne znaczenie mają uwagi przedstawione w sekcji 4.2.2 dotyczącej świadomej zgody i należy je uwzględnić.

⁸⁰ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 13.

⁸¹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 24.

operacje przetwarzania (szczegółowość)⁸². W wyroku Bundeskartellamt TSUE stwierdził również, że powyższe kryteria są głównymi kwestiami dotyczącymi ważności zgody osoby, której dane dotyczą⁸³.

71. Należy rozważyć, czy te kryteria są spełnione w poszczególnych przypadkach w odniesieniu do konkretnej sytuacji przetwarzania. Administratorzy powinni być w stanie wykazać, że zgoda została wyrażona dobrowolnie. W tym względzie, chociaż powyższe kryteria są ze sobą powiązane, każde z nich musi być spełnione w momencie, gdy osoba, której dane dotyczą, wyraża zgodę na przetwarzanie. Na przykład jeżeli administrator podejmie kroki w celu uniknięcia warunkowości, ale nieudzielenie zgody wiązałoby się z niekorzystnymi konsekwencjami dla osoby, której dane dotyczą, zgoda nie będzie dobrowolna.

4.2.1.1 Zapewnienie bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej

72. Jak opisano w poprzedniej sekcji, osoby, których dane dotyczą, powinny mieć rzeczywistą i prawdziwą swobodę wyboru, gdy otrzymują prośbę o wyrażenie zgody na przetwarzanie ich danych osobowych. W takim kontekście swoboda wyboru, z której korzysta osoba, której dane dotyczą, zależy również od opcji oferowanych użytkownikom.
73. **Administratorzy nie powinni domyślnie oferować (wyłącznie) płatnej alternatywy dla usługi, która obejmuje przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej.** Przeciwnie, gdy administratorzy opracowują alternatywę dla wersji usługi zawierającej reklamę behawioralną, **powinni rozważyć zapewnienie osobom, których dane dotyczą, „równoważnej alternatywy”, która nie obejmuje uiszczenia opłaty**, np. bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej opisanej poniżej w niniejszej sekcji.
74. EROD podkreśla, że w **przypadku gdy administratorzy postanowią zaoferować osobom, których dane dotyczą, „równoważną alternatywę” obejmującą uiszczenie opłaty**, należy zwrócić szczególną uwagę na elementy zawarte w niniejszej opinii, np. elementy zawarte w sekcjach 4.2.1.4.1 i 4.2.1.4.2. W takich przypadkach, aby zapewnić rzeczywisty wybór i nie dawać użytkownikom do wyboru tylko dwóch opcji – albo uiszczenie opłaty, albo wyrażenie zgody na przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej – **administratorzy powinni rozważyć również zaoferowanie dodatkowej bezpłatnej alternatywy** („bezpłatna alternatywa bez reklamy behawioralnej”).
75. Ta alternatywa nie może obejmować przetwarzania do celów reklamy behawioralnej, a może być **na przykład** wersją usługi **zawierającą inną formę reklamy obejmującą przetwarzanie mniejszej ilości danych osobowych (lub nieprzetwarzanie takich danych)**, np. reklamą kontekstową lub ogólną bądź reklamą opartą na tematach wybranych przez osobę, której dane dotyczą, z listy interesujących ją tematów. Wiąże się to również z zasadą minimalizacji danych, o której mowa w sekcji 4.1: administratorzy powinni zapewnić, aby przetwarzane były wyłącznie dane osobowe niezbędne do celów zamieszczenia takiej reklamy. Administratorzy powinni w każdym razie mieć na uwadze konieczność przestrzegania, w stosownych przypadkach, art. 6 RODO i art. 5 ust. 3 dyrektywy o e-privacy.
76. Chociaż duże platformy internetowe nie mają obowiązku, by zawsze posiadać w ofercie bezpłatne usługi, udostępnienie takiej dodatkowej alternatywy osobom, których dane dotyczą, **zwiększa ich swobodę wyboru. Ułatwia to administratorom wykazanie, że zgoda jest dobrowolna.**

⁸² Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 13–54.

⁸³ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 143–146.

77. W opinii EROD kwestia tego, czy zapewniono bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej, jest **szczególnie ważnym czynnikiem do przeanalizowania przy ocenie, czy osoby, których dane dotyczą, mogą dokonać rzeczywistego wyboru**, a zatem czy zgoda jest ważna. Jak stwierdzono w odpowiedzi EROD na inicjatywę Komisji dotyczącą zobowiązania w zakresie stosowania plików cookie, EROD uznaje, że przy ocenie ważności zgody i istnienia rzeczywistej możliwości wyboru dla osoby, której dane dotyczą, istotne znaczenie ma między innymi to, czy oprócz usługi wykorzystującej technologię śledzenia i usługi płatnej użytkownikowi oferuje się inny rodzaj usługi, np. usługę obejmującą mniej inwazyjną formę reklamy⁸⁴.
78. Bezpłatna alternatywa bez reklamy behawioralnej oferowana jako dodatkowa alternatywa może odgrywać **istotną rolę w usuwaniu, ograniczaniu lub łagodzeniu niekorzystnych konsekwencji**, jakie mogą wynikać dla użytkowników niewyrażających zgody z konieczności uiszczenia opłaty za dostęp do usługi albo z braku dostępu do usługi.
79. Dodatkowo, jak EROD wcześniej zauważyła, w przypadku wyraźnego braku równowagi sił zgody można użyć wyłącznie w „wyjątkowych okolicznościach” i w sytuacji, gdy administrator – zgodnie z zasadą rozliczalności – może udowodnić, że niewyrażenie zgody przez osobę, której dane dotyczą, nie pociąga za sobą „żadnych negatywnych konsekwencji” dla tej osoby, zwłaszcza jeżeli osobom, których dane dotyczą, oferuje się alternatywę, która nie ma żadnych negatywnych skutków⁸⁵. W kontekście niniejszej opinii taką alternatywą może być bezpłatna alternatywa bez reklamy behawioralnej.
80. To, czy administratorzy oferują bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej, może mieć również znaczenie dla oceny innych aspektów dobrowolnej zgody, takich jak istnienie warunkowości, którą objaśniono w sekcji 4.2.1.4 niniejszej opinii.
81. W przypadku gdy osobom, których dane dotyczą, udostępnia się różne opcje, administratorzy powinni także dopilnować, aby osoby, których dane dotyczą, w pełni zrozumiały, co obejmuje każda opcja w odniesieniu do przetwarzania danych i jej konsekwencji. W tym względzie istotne znaczenie mają uwagi przedstawione w sekcji 4.2.2 dotyczącej świadomej zgody i należy je uwzględnić. **Klarowność poszczególnych opcji do wyboru** należy również odzwierciedlić przy projektowaniu interfejsu, ponieważ zgodnie z zasadą rzetelności należy unikać zwodniczych lub manipulacyjnych interfejsów⁸⁶.
82. Ponadto EROD przypomina, że administratorzy, którzy są strażnikami dostępu w rozumieniu aktu o rynkach cyfrowych lub bardzo dużymi platformami internetowymi w rozumieniu aktu o usługach cyfrowych, powinni uwzględniać odpowiednie wymogi przy tworzeniu alternatywnych opcji dla użytkowników⁸⁷.

⁸⁴ Odpowiedź EROD na inicjatywę Komisji dotyczącą dobrowolnego zobowiązania przedsiębiorstw do uproszczenia zarządzania przez konsumentów plikami cookie i spersonalizowanymi opcjami reklamowymi, przyjęta 13 grudnia 2023 r., s. 5 załącznika: „przy ocenie ważności zgody EROD uznaje, że istotne znaczenie ma między innymi to, czy oprócz usługi wykorzystującej technologię śledzenia i usługi płatnej oferowany jest inny rodzaj usługi, na przykład usługa z mniej inwazyjną formą reklamy, taką jak reklama kontekstowa, oraz to, czy osoba, której dane dotyczą, ma rzeczywistą możliwość wyboru”.

⁸⁵ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 22 i przykład 5.

⁸⁶ Zob. wytyczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 70. Zob. również wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów.

⁸⁷ Zob. art. 5 ust. 2 aktu o rynkach cyfrowych. Zob. ponadto motyw 36 aktu o rynkach cyfrowych: „[w] celu zapewnienia, aby strażnicy dostępu nie osłabiali w nieuczciwy sposób contestowalności podstawowych usług platformowych, powinni oni dawać użytkownikom końcowym możliwość swobodnego decydowania o uczestnictwie w takich praktykach w zakresie przetwarzania danych i logowania, oferując mniej

4.2.1.2 Niekorzystne konsekwencje

83. Zgodnie z motywem 42 RODO, aby wyrażenie zgody można było uznać za dobrowolne, osoba, której dane dotyczą, musi mieć rzeczywisty wybór oraz możliwość odmowy lub wycofania zgody bez niekorzystnych konsekwencji, czyli bez doznania krzywdy lub szkody⁸⁸. Administrator musi wykazać, że istnieje możliwość odmowy lub wycofania zgody bez niekorzystnych konsekwencji⁸⁹.
84. Jeżeli osoba, której dane dotyczą, odmawia wyrażenia zgody na przetwarzanie danych do celów reklamy behawioralnej i nie ma żadnych innych bezpłatnych alternatyw umożliwiających jej dostęp do danej usługi, osoba, której dane dotyczą, poniosłaby konsekwencje finansowe, ponieważ musiałaby uiścić opłatę, aby móc korzystać z usługi. Dotyczy to w szczególności przypadków, w których występują efekty uzależnienia od jednego dostawcy, a użytkownik mógł korzystać z usługi przez dłuższy czas bez konieczności uiszczania opłaty.
85. Aby uniknąć niekorzystnych konsekwencji w rozumieniu motywu 42 RODO i zapewnić osobom, których dane dotyczą, rzeczywisty wybór, sposób oferowania usługi⁹⁰ oraz (ewentualna) opłata nie powinny skutecznie uniemożliwiać osobom, których dane dotyczą, swobodnego wyboru, na przykład poprzez zachęcanie osoby, której dane dotyczą, do wyrażenia zgody. Dlatego też przedmiotowa opłata nie powinna być nieodpowiednio wysoka, co omówiono w sekcji 4.2.1.4.2.
86. Jeżeli osoba, której dane dotyczą, odmawia zgody lub wycofuje zgodę i nie uiszcza żądanej opłaty, nie jest w stanie korzystać z usługi, co może mieć niekorzystne konsekwencje dla osoby, której dane dotyczą. W takich przypadkach różne czynniki mogą prowadzić do niekorzystnych konsekwencji dla osób, których dane dotyczą.
87. Osoby, których dane dotyczą, mogą ponieść niekorzystne konsekwencje, jeżeli nie mogą korzystać z usługi, która jest częścią ich codziennego życia i odgrywa znaczącą rolę. Może tak być na przykład w przypadku platformy powszechnie i systematycznie używanej do rozpowszechniania informacji, które mogą nie być łatwo dostępne z innych źródeł, lub platformy niezbędnej do uzyskania dostępu do niektórych usług istotnych dla codziennego życia osoby fizycznej. Mogą to być informacje lub wymiany informacji, które są potrzebne użytkownikom w codziennym życiu, a nieobecność na platformie utrudnia im te działania. Takie sytuacje mogą dotyczyć zarówno ważnych informacji w sytuacjach niebezpieczeństwa publicznego, jak i otrzymywanych przez rodziców informacji dotyczących aktywności społecznych ich dzieci. Dodatkowo platforma może być ważnym forum debaty publicznej o kwestiach politycznych, społecznych, kulturalnych i gospodarczych.

spersonalizowane, lecz równoważne rozwiązanie alternatywne oraz nie uzależniając korzystania z podstawowej usługi platformowej lub niektórych jej funkcjonalności od uzyskania zgody od użytkownika końcowego". W motywie 37 aktu o rynkach cyfrowych dodano: „[m]niej spersonalizowane rozwiązanie alternatywne nie powinno mieć innego charakteru lub gorszej jakości w porównaniu z usługą świadczoną użytkownikom końcowym, którzy wyrazili zgodę, chyba że pogorszenie jakości wynika bezpośrednio z tego, że strażnik dostępu nie jest w stanie przetwarzać takich danych osobowych lub logować użytkowników końcowych do usługi". Zob. również art. 38 aktu o usługach cyfrowych: „[...] dostawcy bardzo dużych platform internetowych i bardzo dużych wyszukiwarek internetowych, którzy korzystają z systemów rekomendacji, zapewniają co najmniej jedną opcję dla każdego ze swoich systemów rekomendacji, która nie jest oparta na profilowaniu zgodnie z definicją w art. 4 pkt 4 rozporządzenia (UE) 2016/679”.

⁸⁸ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 46–48. Zob. również pkt 24.

⁸⁹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 46.

⁹⁰ Podczas gdy zgodę można często wyrazić jedną czynnością, odmowa zgody może potencjalnie wymagać od osoby, której dane dotyczą, przejścia dłuższego i bardziej uciążliwego procesu płatności, być może związanego z dalszymi czynnościami przetwarzania danych.

88. Podobnie korzystanie z niektórych usług w ramach mediów społecznościowych może mieć zasadnicze znaczenie dla uczestnictwa osób, których dane dotyczą, w życiu społecznym. W związku z szybkimi innowacjami technologicznymi i faktem, że większość osób jest obecna w internecie, nie należy lekceważyć roli mediów społecznościowych w codziennym życiu i interakcjach osób, których dane dotyczą. Wiele osób, których dane dotyczą, uważa, że platformy te są ważnym sposobem utrzymywania kontaktów z osobami, z którymi nie kontaktują się fizycznie na co dzień, na przykład z przyjaciółmi lub rodziną. Biorąc pod uwagę, że media społecznościowe stanowią szczególnie cenną i wygodną alternatywę dla osobistych kontaktów, brak dostępu do nich może mieć istotny wpływ na dobrostan emocjonalny i psychiczny niektórych użytkowników. W powyższych przypadkach osoby, których dane dotyczą, mogą zostać wyłączone z interakcji społecznych odbywających się na platformie i czuć się odizolowane społecznie, zwłaszcza gdy nie ma alternatywnej usługi, która oferuje podobną obsługę i jest również wykorzystywana przez osoby utrzymujące kontakty społeczne z osobą, której dane dotyczą. To samo dotyczy udziału w internetowych forach dyskusyjnych. Osoby, których dane dotyczą, mogą zostać wyłączone z udziału w tych internetowych forach dyskusyjnych, mimo że te stanowią obecnie ważną część dyskusji online.
89. Osoby, których dane dotyczą, mogą również ponieść niekorzystne konsekwencje, jeżeli z powodu nieuiszczenia opłaty i niewyrażenia zgody odmawia się im dostępu do platform zawodowych lub platform poświęconych zatrudnieniu. W szczególności negatywne konsekwencje mogą się odnosić do możliwości osób, których dane dotyczą, w zakresie znajdowania ofert bądź budowania lub utrzymywania zawodowych sieci kontaktów, osoby te mogą czuć, że są w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z użytkownikami, którzy mają dostęp do usługi, lub nie są w stanie śledzić ważnych zmian w odpowiednich dziedzinach pracy.
90. Ponadto prawdopodobieństwo wystąpienia niekorzystnych konsekwencji może być większe i mieć poważniejszy charakter w przypadku dużej platformy internetowej, gdzie mogą wystąpić **efekty uzależnienia od jednego dostawcy lub efekty sieciowe**. Niekorzystne konsekwencje odmowy dostępu do usługi **mogą być jeszcze ważniejsze dla użytkowników platform internetowych, które początkowo nie stosowały modeli „wyraż zgodę albo zapłać”, ale później postanowiły je wprowadzić**.
91. **Efekty sieciowe** mogą utrudniać osobom, których dane dotyczą, podjęcie decyzji o nieprzystąpieniu do usługi bez jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Jest to szczególnie istotne w przypadku platform, w których wykorzystuje się treści tworzone przez użytkowników lub interakcje między użytkownikami, takich jak platformy udostępniania wideo/obrazów i platformy komunikacji, np. strony mediów społecznościowych, platformy randkowe, fora dyskusyjne lub platformy rezerwacyjne z dużą liczbą użytkowników. Jeżeli platforma ma dużą bazę użytkowników, nowi i obecni użytkownicy mogą uznać, że interakcja w ramach tej konkretnej usługi jest niezbędna do przyłączenia się do społeczności cyfrowej, w której są ich przyjaciele, rodzina i współpracownicy, lub do udziału w dyskusjach politycznych lub rozmowach. Inni mogą uważać, że muszą korzystać z usługi do celów zawodowych lub że jako rodzice muszą korzystać z określonej strony, aby otrzymywać informacje o swoich dzieciach, np. w ramach grup rodziców planujących aktywności społeczne dla dzieci. Zaniechanie interakcji na platformie lub wybór innej usługi mogą być nierealistyczne, ponieważ osobie fizycznej trudno jest na przykład przekonać swoje środowisko społeczne, zawodowe lub polityczne do przejścia z jednej usługi na inną usługę, która nie śledzi swoich użytkowników.
92. Wszelkie **efekty uzależnienia od jednego dostawcy** także mogą mieć niekorzystne konsekwencje dla osób, których dane dotyczą. Użytkownicy, którzy korzystali z danej platformy przez jakiś czas, mogli już zaistnieć online na tej platformie, w którą już wnieśli nakłady np. w odniesieniu do kontaktów i interakcji z innymi użytkownikami, tworzenia treści, zdobycia obserwujących i polubień itp. Efekt ten

jest jeszcze mocniejszy w przypadku, gdy użytkownik spędził dużo czasu na danej platformie, np. gdy z platformy można było korzystać już przez dłuższy czas. W przypadku gdy tacy użytkownicy zostają poproszeni o uiszczenie opłaty lub wyrażenie zgody na przetwarzanie ich danych osobowych do celów reklamy behawioralnej w celu dalszego korzystania z usługi, ale odmawiają tego i tracą dostęp do usługi, mogą nie być w stanie przenieść swoich interakcji, obserwujących i połączeń na nową platformą lub mogą stracić treści i informacje, które zebrali lub wygenerowali podczas wcześniejszego korzystania z usługi. To może dotyczyć szerokiego zakresu materiałów, takich jak osobista komunikacja, listy kontaktów, historia wyszukiwań, zapisane preferencje, obrazy, pulpity, różnego rodzaju spersonalizowane bazy danych itp. W przypadku twórców treści na stronach udostępniania materiałów audiowizualnych może to dla użytkownika wiązać się ze znaczącą i potencjalnie nieodwracalną stratą, w ujęciu możliwej straty finansowej, straty zasobów, które twórca być może tworzył przez lata obecności na platformie, oraz stratę obserwujących.

93. W tym kontekście należy przypomnieć o znaczeniu praw osób, których dane dotyczą, oraz o tym, że administrator powinien zawsze przestrzegać tych praw. Nawet w przypadku gdy osoba, której dane dotyczą, nie miałaby już dostępu do usługi, nadal byłaby uprawniona do korzystania ze swoich praw jako osoby, której dane dotyczą, wynikających z RODO, na przykład z prawa dostępu do swoich danych osobowych i prawa do przenoszenia danych. Administrator ma obowiązek poinformować o tym osoby, których dane dotyczą, gdy przedstawia im możliwość wyrażenia albo odmowy zgody oraz zapewnia je o zachowaniu zdolności wykonywania tych praw.
94. W przypadku wystąpienia którychkolwiek z negatywnych konsekwencji opisanych w punktach powyżej (lub innych konsekwencji), oferowanie wyłącznego wyboru między usługą płatną a usługą obejmującą reklamę behawioralną na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, miałyby dla takich osób wpływ na możliwość rzeczywistego wyboru i odmowy zgody bez niekorzystnych konsekwencji.
95. Wobec powyższego niekorzystne konsekwencje prawdopodobnie występują, gdy duże platformy internetowe stosują model „wyraź zgodę albo zapłać” w celu uzyskania zgody na przetwarzanie. Jak wspomniano w sekcji 4.2.1.1 powyżej, to, czy administrator oferuje bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej jako dodatkową alternatywę, może odgrywać istotną rolę w usuwaniu, ograniczaniu lub łagodzeniu niekorzystnych konsekwencji, jakie mogą wyniknąć dla użytkowników niewyrażających zgody z konieczności uiszczenia opłaty za dostęp do usługi albo z braku dostępu do usługi.

4.2.1.3 *Brak równowagi sił*

96. W pierwszej części motywu 43 RODO stwierdzono, że dynamika sił między osobą, której dane dotyczą, a administratorem ma istotne znaczenie dla oceny, czy zgoda osoby, której dane dotyczą, została wyrażona dobrowolnie:

„Aby zapewnić dobrowolność, zgoda nie powinna stanowić ważnej podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych w szczególnej sytuacji, w której istnieje wyraźny brak równowagi między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, w szczególności gdy administrator jest organem publicznym i dlatego jest mało prawdopodobne, by w tej konkretnej sytuacji zgodę wyrażono dobrowolnie we wszystkich przypadkach [...]”.
97. Ponieważ „dobrowolność” oznacza, że osoba, której dane dotyczą, musi korzystać z autonomii, należy przeanalizować pozycję administratora oraz jego siłę w stosunku do osób, których dane dotyczą. Jeżeli w danej sytuacji występuje wyraźny brak równowagi między administratorem a osobą, której dane dotyczą, osoba ta może czuć się zmuszona do podjęcia decyzji, której w innej sytuacji by nie podjęła,

a to narusza jej swobodę wyboru. Jak już wspomniano, w motywie 43 RODO wyraźnie stwierdza się, że zgoda co do zasady nie może być podstawą prawną w sytuacji wyraźnego braku równowagi.

98. Jak EROD wcześniej wskazała, w przypadku wyraźnego braku równowagi zgody można użyć wyłącznie w „wyjątkowych okolicznościach” i w sytuacji, gdy administrator – zgodnie z zasadą rozliczalności – może udowodnić, że niewyrażenie zgody przez osobę, której dane dotyczą, nie pociąga za sobą „żadnych negatywnych konsekwencji” dla tej osoby, zwłaszcza jeżeli osobom, których dane dotyczą, oferuje się alternatywę, która nie ma żadnych negatywnych skutków⁹¹. W kontekście niniejszej opinii taką alternatywą może być bezpłatna alternatywa bez reklamy behawioralnej (zob. sekcja 4.2.1.1).
99. Wszyscy administratorzy, którzy wykorzystują zgodę jako podstawę prawną, muszą ocenić, czy znajdują się w sytuacji wyraźnego braku równowagi sił. W przypadku gdy administrator jest „dużą platformą internetową” według definicji do celów niniejszej opinii, w celu sprawdzenia, czy występuje wyraźny brak równowagi sił, można przeanalizować pewne elementy. Poniżej wymieniono kilka z tych niewyczerpujących i niełącznych czynników. Niektóre z nich mają większe znaczenie w przypadku niektórych administratorów, a mniejsze w przypadku innych. Zawsze konieczna jest indywidualna ocena tych czynników.
100. Pierwszym czynnikiem, który może być istotny, jest **pozycja przedsiębiorstwa na rynku**. W tym względzie można przypomnieć, że wyraźny brak równowagi może być bardziej oczywisty w przypadku istnienia formalnego stosunku między administratorem a osobą, której dane dotyczą, na przykład gdy administrator jest organem publicznym lub pracodawcą⁹². Jak jednak wcześniej zauważyła EROD, brak równowagi sił nie ogranicza się do organów publicznych i pracodawców i może wystąpić także w innych sytuacjach⁹³. Należy zawsze oceniać rzeczywiste i konkretne czynniki w poszczególnych przypadkach.
101. RODO nie zawiera żadnych wyraźnych wskazówek dotyczących tego, jak pozycja administratora na rynku wpływa na ocenę istnienia wyraźnego braku równowagi. TSUE w wyroku w sprawie Bundeskartellamt stwierdził, że istnienie pozycji dominującej „może skutkować powstaniem wyraźnego braku równowagi”⁹⁴. Trybunał stwierdził również, że jest to „element istotny” dla oceny⁹⁵.
102. Termin „pozycja dominująca” jest ugruntowany w unijnym prawie konkurencji. Rozważania wykorzystane do ustalenia pozycji dominującej przedsiębiorstwa mogą być dla administratorów dużych platform internetowych przydatne przy ocenie, czy występuje wyraźny brak równowagi sił. Te rozważania dotyczą definicji rynku właściwego (np. rynku produktowego i rynku geograficznego) oraz określenia udziału w rynku, a także barier wejścia na rynek lub ekspansji⁹⁶.

⁹¹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 22 i przykład 5.

⁹² Zob. również wytyczne EROD dotyczące zgody, sekcja 3.1.1.

⁹³ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 24.

⁹⁴ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 149.

⁹⁵ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 154.

⁹⁶ Ogólną metodykę dotyczącą definicji rynku właściwego ujęto w zawiadomieniu Komisji C/2024/1645. Zob. również komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02), Dz.U. C 45 z 24.2.2009, s. 7, zmieniony w 2023 r. (C/2023/1923, Dz.U. C 116 z 31.3.2023, s. 1).

103. Ponadto rzecznik generalny w opinii w sprawie stwierdził, że administrator nie musi mieć „pozycji dominującej” w rozumieniu art. 102 TFUE, aby jego siłę rynkową można było uznać za istotną z punktu widzenia egzekwowania RODO⁹⁷. EROD podziela stanowisko rzecznika generalnego w tej kwestii.
104. Należy jednak przypomnieć, że TSUE stwierdził, iż ważność zgody osoby, której dane dotyczą, należy ocenić w świetle art. 4 pkt 11 i art. 7 RODO oraz motywów RODO. Ponadto celem przepisów dotyczących ważnej zgody jest zapewnienie osobom, których dane dotyczą, autonomii i swobody wyboru. Zdaniem EROD administratorzy powinni oceniać indywidualnie dla każdego przypadku, czy swoboda wyboru osób, których dane dotyczą, jest ograniczona. Choć to, czy administrator ma „pozycję dominującą”, ma znaczenie dla oceny pod kątem braku równowagi sił, samo w sobie nie przesądza o ważności zgody.
105. Wobec powyższego można stwierdzić, że w zależności od okoliczności konkretnego przypadku mogą wystąpić sytuacje, w których organy nadzorcze mogą stwierdzić istnienie wyraźnego braku równowagi w rozumieniu RODO bez stwierdzania pozycji dominującej. Kluczową kwestią jest to, czy pozycja administratora na rynku, sama w sobie lub w połączeniu z innymi czynnikami, sprawia, że osoby, których dane dotyczą, doświadczają, że nie udostępniono im żadnych innych realistycznych usług alternatywnych, takich jak platformy udostępniania wideo, portale do ubiegania się o pracę lub platformy do kupowania i sprzedawania określonych towarów i usług.
106. Ogólnie rzecz biorąc, jak przypomniano w sekcji 4.1 powyżej, zgodnie z zasadą rzetelności równowaga sił powinna być kluczowym celem relacji między administratorem a osobą, której dane dotyczą: należy unikać braku równowagi sił lub, jeśli nie jest to możliwe, należy ją stwierdzić i rozstrzygnąć za pomocą odpowiednich środków zaradczych⁹⁸. Ma to na celu zapewnienie osobie, której dane dotyczą, możliwości prawdziwie swobodnego wyboru przy wyrażaniu zgody na przetwarzanie danych osobowych.
107. Przy ocenie, czy istnieje wyraźny brak równowagi, istotne znaczenie mają także uwagi przedstawione w sekcji 4.2.1.2 powyżej. W istocie w kontekście dużych platform internetowych stosujących modele „wyraż zgodę albo zapłać” kryteria „brak równowagi sił” i „niekorzystne konsekwencje” uwzględniane w ocenie dobrowolności zgody są ściśle powiązane.
108. W szczególności istnienie opisanych powyżej efektów sieciowych lub efektów uzależnienia od jednego dostawcy może spowodować, że wybór innej usługi jest dla użytkownika trudniejszy lub nierealistyczny. W przypadkach, gdy platforma ma dużo większą bazę użytkowników w porównaniu z wszelkimi odpowiednimi alternatywami lub gdy użytkownik znacznie zainwestował w platformę, użytkownik może czuć się zmuszony do korzystania z tej platformy; w takich przypadkach wybór innej usługi może być nierealistyczny, a przekonanie swojego środowiska społecznego, zawodowego lub politycznego do przejścia z jednej usługi do innej może być trudne. Ponadto, jak wyjaśniono powyżej, efekty uzależnienia od jednego dostawcy mogą oznaczać, że popularne lub istotne treści są skoncentrowane wokół określonej platformy, co może również wpłynąć na równowagę sił w stosunku do nowych użytkowników chcących uzyskać dostęp do takich treści.
109. Należy zachować szczególną ostrożność w przypadku usług, które zbudowały dużą bazę użytkowników, gdy oferowały bezpłatne usługi dla wszystkich użytkowników. Takie usługi mogły przyciągnąć dużą liczbę użytkowników, którzy nie chcą lub nie są w stanie uiścić opłaty i którzy przystąpili do usługi, wierząc, że nie będzie ona miała dla nich skutków finansowych. Użytkownicy mogli z czasem zwiększyć

⁹⁷ Sprawa C-252/21, opinia rzecznika generalnego Athanasiosa Rantosa przedstawiona w dniu 20 września 2022 r., ECLI:EU:C:2022:704, pkt 75.

⁹⁸ Wytoczne EROD dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślnej ochrony danych, pkt 70.

swoją zależność od danej usługi m.in. pod wpływem efektów sieciowych i efektów uzależnienia od jednego dostawcy. Jeżeli później w ramach takiej usługi użytkownicy są postawieni przed wyborem między przetwarzaniem danych osobowych a uiszczeniem opłaty, może to być postrzegane jako przykład wykorzystywania wyraźnego braku równowagi w stosunku do użytkowników, ponieważ w takiej sytuacji użytkownicy prawdopodobnie nie będą mieć możliwości wolnego wyboru.

110. Innym ważnym czynnikiem przy ocenie braku równowagi jest stopień, w jakim osoba, której dane dotyczą, **korzysta ze świadczonej usługi**. Możliwość osoby, której dane dotyczą, w zakresie prawdziwie swobodnego wyboru jest ograniczona, jeżeli usługę uznaje się za niezbędną, np. do szukania pracy, do pozyskiwania informacji potrzebnych do codziennego życia osób, których dane dotyczą, lub do udziału w debacie publicznej⁹⁹.
111. Ponadto elementem, który należy wziąć pod uwagę, są **docelowi lub dominujący odbiorcy** platformy. Na przykład jeżeli platforma jest kierowana przede wszystkim do dzieci, czy to ze względu na to, jak zaprojektowano daną usługę, czy na to, jakie prowadzi się w związku z nią działania marketingowe, lub jest używana głównie przez dzieci lub inne osoby wymagające szczególnego traktowania, może to również prowadzić do wyraźnego braku równowagi między administratorem a osobami, których dane dotyczą¹⁰⁰.
112. Powyższe przykłady odnoszą się do elementów, które – gdy występują – mogą spowodować brak równowagi sił w relacjach między osobą, której dane dotyczą, a administratorem.
113. Administrator może jednak dowodzić, że osoby, których dane dotyczą, nie są zmuszane do wyboru między wyrażeniem zgody a uiszczeniem opłaty. Mogą one w ogóle nie korzystać z usługi lub korzystać z innej usługi, która nie przetwarza danych osobowych w taki sposób jak administrator. Po pierwsze, opisane powyżej elementy mogą prowadzić do sytuacji, w której użytkownicy nie mają rzeczywistej praktycznej możliwości odmowy korzystania z usługi. Po drugie, jak wspomniano w sekcji 4.2.1.4.1 poniżej, EROD stwierdziła w wytycznych dotyczących zgody, że zgody nie można uznać za dobrowolną tylko dlatego, że istnieje inna podobna usługa, która jest świadczona przez innego administratora i nie obejmuje wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych do dodatkowych celów¹⁰¹.

4.2.1.4 Warunkowość

114. Zgodnie z art. 7 ust. 4 RODO przy ocenie, czy zgodę wyrażono dobrowolnie, w jak największym stopniu uwzględnia się, czy osoby, których dane dotyczą, są proszone o zgodę na czynności przetwarzania, które nie są obiektywnie niezbędne do wykonania umowy¹⁰² w celu uzyskania dostępu do usługi¹⁰³.

⁹⁹ W takich przypadkach osoba, której dane dotyczą, może czuć się zmuszona do zaakceptowania śledzenia. EROD stwierdziła wcześniej, że zgoda może być ważna tylko wtedy, gdy nie ma elementów przymusu lub presji – zob. wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 24.

¹⁰⁰ W tym względzie EROD przypomina, że zgodnie z aktem o usługach cyfrowych dostawcy platform internetowych nie powinni prezentować na swoim interfejsie reklam opartych na profilowaniu, określonym w art. 4 pkt 4 RODO, z wykorzystaniem danych osobowych odbiorcy usługi, jeżeli wiedzą z wystarczającą pewnością, że odbiorca usługi jest małoletni (zob. art. 28 ust. 2 aktu o usługach cyfrowych).

¹⁰¹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 38.

¹⁰² Wytyczne EROD 2/2019 w sprawie przetwarzania danych osobowych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) RODO w kontekście świadczenia usług online na rzecz osób, których dane dotyczą, Wersja 2.0, przyjęte 8 października 2019 r. („wytyczne EROD w sprawie art. 6 ust. 1 lit. b) RODO”, pkt 30–33.

¹⁰³ Zob. w tym względzie również motyw 43 RODO i wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 25–41.

115. EROD stwierdziła w wytycznych dotyczących zgody, że administrator mógłby argumentować, że zapewnia osobom, których dane dotyczą, rzeczywisty wybór, jeżeli mogą one wybierać między wersją usługi, która obejmuje wyrażenie zgody na wykorzystywanie ich danych osobowych do celów dodatkowych, z jednej strony, a równoważną wersją usługi oferowaną przez tego samego administratora, która nie obejmuje zgody na wykorzystywanie danych do celów dodatkowych, z drugiej strony, oraz że jeżeli usługa może być realizowana bez konieczności wyrażenia zgody na tego rodzaju inne wykorzystanie danych, usługa nie ma charakteru warunkowego¹⁰⁴.
116. Niedawno TSUE stwierdził w wyroku Bundeskartellamt, że w przypadku gdy operacje przetwarzania danych nie są ściśle konieczne do wykonania umowy, użytkownicy muszą mieć swobodę odmówienia zgody wyrażenia na takie operacje przetwarzania bez zobowiązania do całkowitego zrezygnowania z korzystania z usługi¹⁰⁵. W tym względzie w wyroku TSUE wskazano, że użytkownikom należy oferować „równoważną alternatywę, która nie jest powiązana z takimi operacjami przetwarzania danych” („w stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem”)¹⁰⁶.
117. To stwierdzenie TSUE świadczy o tym, że modele „wyraż zgodę albo zapłać” nie są co do zasady zakazane. Jednocześnie Trybunał nie sprecyzował znaczenia wyrażen „równoważna alternatywa” i „w stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem”. EROD wyjaśnia zatem, że jej wykładnia tej części wyroku zakłada, że osobom, których dane dotyczą i które nie wyrażają zgody, należy zaoferować „równoważną alternatywę”: dzięki temu można zapobiec sytuacji, w której osoby, których dane dotyczą, mają do czynienia z warunkowością skutkującą nieważnością zgody. W tym względzie zob. pkt 73.
118. To stwierdzenie TSUE odnosi się jednak głównie do aspektu warunkowości. Administratorzy powinni zapewnić, aby spełnione zostały wszystkie warunki dobrowolnej i ogólnie ważnej zgody. Dlatego zawsze konieczne jest przeprowadzenie indywidualnej oceny ważności zgody.

4.2.1.4.1 Zapewnienie „równoważnej alternatywy”

119. EROD przedstawia kryteria, które mogą być pomocne przy ocenie, czy alternatywną wersję usługi można uznać za równoważną wersji usługi świadczonej pod warunkiem udzielenia zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej (zwanej w niniejszej sekcji „**wersją z reklamą behawioralną**”). EROD podkreśliła w tym względzie, że „[o]bydwie usługi muszą być [...] faktycznie równoważne”¹⁰⁷.
120. EROD stwierdziła, że zgody nie można uznać za dobrowolną, jeżeli administrator argumentuje, że istnieje możliwość wyboru między jego usługą (obejmującą wyrażenie zgody na wykorzystywanie danych osobowych do celów dodatkowych) a równoważną usługą oferowaną przez innego administratora, ponieważ swoboda wyboru byłaby zależna od działań innych uczestników rynku i od tego, czy osoba, której dane dotyczą, uznałaby usługi tego drugiego administratora za faktycznie

¹⁰⁴ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 37.

¹⁰⁵ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 150. W pkt 102 – w części poświęconej kwestii stosowania art. 6 ust. 1 lit. b) jako zgodnej z prawem podstawy przetwarzania – TSUE wskazuje także, że personalizacja treści jest „użyteczna dla użytkownika”, ale „nie wydaje się konieczna do oferowania temu użytkownikowi usług internetowej sieci społecznościowej”, w związku z czym usługi te „mogą być w odpowiednim przypadku świadczone na rzecz użytkownika w formie równoważnej alternatywy, która nie wiąże się z taką personalizacją, skutkiem czego nie jest ona obiektywnie niezbędna do osiągnięcia celu stanowiącego integralną część tych właśnie usług”.

¹⁰⁶ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 150.

¹⁰⁷ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 37.

równoważne¹⁰⁸. W tym kontekście niniejsza opinia odnosi się zatem do **alternatywnej wersji danej usługi oferowanej przez tego samego administratora**, która nie wymaga zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej (zwanej w niniejszej sekcji „**alternatywną wersją**”).

121. Jeżeli wersja alternatywna różni się od wersji z reklamą behawioralną tylko w niezbędnym zakresie wynikającym z tego, że administrator nie może przetwarzać danych osobowych do celów reklamy behawioralnej, można ją zasadniczo uznać za równoważną.
122. W innych przypadkach ocena, przyjmująca za punkt wyjścia wersję z reklamą behawioralną, zależy od tego, czy wersja alternatywna zawiera zasadniczo te same elementy i funkcje. Chociaż równoważność istnieje, jeśli wersja alternatywna obejmuje zasadniczo te same cechy i funkcje (równoważność funkcjonalna), wersja alternatywna i wersja z reklamą behawioralną nie muszą być całkowicie identyczne.
123. Jeżeli wersja alternatywna, w porównaniu z wersją z reklamą behawioralną, nie ma innej lub obniżonej jakości i nie ograniczono jej żadnych funkcji (chyba że ewentualne zmiany wynikają bezpośrednio z tego, że administrator nie jest w stanie przetwarzać danych osobowych do celów uzależnionych od zgody, o którą on prosił)¹⁰⁹, wówczas wersję alternatywną można uznać za faktycznie równoważną z wersją z reklamą behawioralną.
124. Im bardziej wersja alternatywna różni się od wersji z reklamą behawioralną, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo, że wersja alternatywna zostanie uznana za faktycznie równoważną, chociaż wciąż zależy to od indywidualnej oceny.
125. Równoważność – oznaczającą „o tej samej wartości” – należy postrzegać dwukierunkowo. Z jednej strony, jak wskazano powyżej, gdyby wersja alternatywna była gorszej jakości lub obejmowała mniej funkcji niż wersja z reklamą behawioralną, użytkownicy nie mieliby rzeczywistej możliwości wyboru.
126. Z drugiej strony, należy ostrożnie oceniać możliwość uwzględniania w wersji alternatywnej funkcji dodatkowych: to wynika z faktu, że trzeba utrzymać faktyczną równoważność wersji usługi, jak opisano powyżej, a użytkownicy muszą mieć rzeczywisty wybór.
127. Warto zauważyć, że TSUE mówi o zapewnieniu równoważnej alternatywy, „**która nie jest powiązana z takimi operacjami przetwarzania danych**”¹¹⁰, czyli operacjami przetwarzania danych, które nie są konieczne do świadczenia usługi i wymagają zgody. W związku z tym – jako że przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej nie jest konieczne do świadczenia usługi i wymaga zgody – takie przetwarzanie należy pominąć w wersji alternatywnej. EROD przypomina, że nie ogranicza się to do kierowania do osób, których dane dotyczą, reklam spersonalizowanych na podstawie ich profilu, jak wskazano w definicji reklamy behawioralnej w sekcji 2.1.2. Odnosi się to natomiast także do poszczególnych czynności przetwarzania, które administratorzy wykonują do celów reklamy behawioralnej, począwszy od początkowego śledzenia użytkowników w takim celu. Dlatego w wersji alternatywnej należy

¹⁰⁸ Wytoczne EROD dotyczące zgody, pkt 38.

¹⁰⁹ Zob. również motywy 36 i 37 aktu o rynkach cyfrowych: w akcie o rynkach cyfrowych zawarto wskazówki dotyczące warunków równoważności usługi i stwierdzono, że „[m]niej spersonalizowane rozwiązanie alternatywne nie powinno mieć innego charakteru lub gorszej jakości w porównaniu z usługą świadczoną użytkownikom końcowym, którzy wyrazili zgodę [...]”. Choć akt o rynkach cyfrowych jest neutralny co do charakteru „mniej spersonalizowanej” alternatywy, określone w nim zasady są pomocne w danym kontekście. Zob. również sekcja 4.2.1.2 („Niekorzystne konsekwencje”).

¹¹⁰ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 150.

zasadniczo pominąć także operacje przetwarzania, które byłyby prowadzone jako warunek wstępny przetwarzania do celów reklamy behawioralnej¹¹¹.

128. EROD podkreśla jednak, że w przypadku gdy w ramach wersji alternatywnej administratorzy prowadzą śledzenie do celów innych niż reklama behawioralna, np. do celów bezpieczeństwa, takie operacje przetwarzania niekoniecznie muszą zostać pominięte, o ile są w pełni zgodne z wymogami określonymi w RODO, obejmującymi konieczność stosowania odpowiedniej zgodnej z prawem podstawy opisanej w art. 6 RODO i art. 5 ust. 3 dyrektywy o e-privacy.
129. Dodatkowo, jak podkreślono w sekcji 4.2.2 „Świadoma zgoda”, dla zapewnienia użytkownikowi rzeczywistego wyboru zasadnicze znaczenie ma także przestrzeganie zasad przejrzystości i rzetelności¹¹² oraz obowiązków w zakresie przejrzystości. Dlatego użytkownik musi być w stanie w pełni porównać wszystkie alternatywne opcje oferowane przez administratora. Użytkownik powinien rozumieć konsekwencje wyrażenia zgody na przetwarzanie danych do celów reklamy behawioralnej, prowadzącej do wersji z reklamą behawioralną, oraz wyboru wersji alternatywnej. Użytkownik powinien także rozumieć konsekwencje swojego wyboru w odniesieniu do tego, jakie operacje przetwarzania są przeprowadzane w każdym przypadku, oraz w odniesieniu do szczegółów oferowanych opcji alternatywnych.

4.2.1.4.2 „W stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem”

130. EROD przypomina przede wszystkim, że **danych osobowych nie można uznać za towar handlowy**¹¹³. Prawo do ochrony danych jest zapisane m.in. w art. 8 Karty praw podstawowych UE i ma zastosowanie do wszystkich osób, niezależnie od ich statusu płatniczego lub finansowego.
131. Podczas gdy w angielskiej wersji wyroku Trybunału stwierdzono, że na użytkowników, którzy nie wyrazili zgody, można nałożyć odpowiednią opłatę w razie konieczności (ang. *if necessary*), pozostałe wersje językowe stosują inną terminologię w odniesieniu do tego elementu oceny. Na przykład w wersji francuskiej użyto terminu „le cas échéant”, a w wersji niemieckiej – terminu „gegebenfalls”. EROD uważa, że **aby można było nałożyć opłatę, powinny wystąpić pewne okoliczności**, z uwzględnieniem zarówno możliwych alternatyw dla reklamy behawioralnej, które wiążą się z przetwarzaniem mniejszej ilości danych osobowych, jak i sytuacji osób, których dane dotyczą. Wskazują na to użyte słowa „stosowny” (ang. *necessary*) i „odpowiedni” (ang. *appropriate*), których nie należy mianowicie odczytywać tak, że nałożenie opłaty jest „konieczne” w rozumieniu art. 52 ust. 1 Karty oraz unijnych przepisów o ochronie danych. To sformułowanie należy rozumieć w sposób zgodny z różnymi wersjami językowymi wyroku.
132. Innymi słowy, **administratorzy powinni ocenić, indywidualnie dla każdego przypadku, czy opłata jest w ogóle odpowiednia i jaka kwota jest odpowiednia w danych okolicznościach, biorąc pod uwagę wymogi dotyczące ważnej zgody na podstawie RODO, a także konieczność zapobiegania przekształcaniu podstawowego prawa do ochrony danych w funkcję, za którą osoby, których dane dotyczą, muszą płacić, lub w funkcję premium zarezerwowaną dla bogatych lub zamożnych**.
133. Chociaż w wyroku w sprawie Bundeskartellamt nie określono elementów, na których powinna opierać się ocena odpowiedności, EROD przypomina, że kwestia tego, co stanowi ważną zgodę, należy oceniać

¹¹¹ Etapy te mogą obejmować obserwację zachowania użytkownika i zbieranie danych osobowych niezbędnych do reklamy behawioralnej.

¹¹² Zob. art. 5 ust. 1 lit. a) RODO.

¹¹³ Wytyczne EROD w sprawie art. 6 ust. 1 lit. b) RODO, pkt 54; dyrektywa (UE) 2019/770, motyw 24.

w świetle przepisów o ochronie danych. To oznacza, że **ocena ważnej zgody powinna odwoływać się do zasad ochrony danych i celów RODO.**

134. Jeżeli administratorzy oferują płatną usługę jako alternatywę dla usługi z reklamą behawioralną opartą na przetwarzaniu danych osobowych, na które potrzebna jest zgoda, powinni m.in. **zapewnić, aby opłata nie utrudniała osobom, których dane dotyczą, odmowy zgody ani nie sprawiała, że są one zmuszone do wyrażenia zgody.** Administratorzy powinni ocenić, czy oferują **osobom, których dane dotyczą, możliwość rzeczywistego wyboru i nie zachęcają osób, których dane dotyczą, do wyrażenia zgody.** Nałożenie opłaty powinno odbywać się z poszanowaniem **autonomii** osób, których dane dotyczą, a osoby te powinny mieć rzeczywistą możliwość wyboru między wyrażeniem zgody a jej odmową. Administratorzy powinni ocenić, czy opłata za płatną wersję usługi pozwala osobom, których dane dotyczą, wyrazić ważną zgodę na przetwarzanie ich danych osobowych na potrzeby wersji usługi z reklamą behawioralną.
135. Przy ustalaniu, czy opłata może ograniczyć osobie, której dane dotyczą, możliwość wyrażenia zgody, administratorzy powinni zwrócić szczególną uwagę na zasady ochrony danych określone w art. 5 RODO. **Rzetelność** powinna być zasadą przewodnią¹¹⁴ przy ustalaniu, jaka jest odpowiednia opłata w danym przypadku. Dzięki zaoferowaniu osobom, których dane dotyczą, dodatkowych opcji, omówionych w sekcji 4.2.1.1, łatwiej jest uzasadnić rzetelność opłaty nakładanej za dostęp do usługi na użytkowników niewyrażających zgody, ponieważ użytkownicy mają większą swobodę wyboru.
136. W tym względzie kluczowe znaczenie ma **zasada rozliczalności** określona w art. 5 ust. 2 RODO. Przedsiębiorstwa mają swobodę ustalania własnych cen i wyboru struktury modeli przychodów, ale to prawo należy zrównoważyć podstawowym prawem osób fizycznych do ochrony ich danych osobowych. Zasada rozliczalności oznacza, że administratorzy są odpowiedzialni za zapewnienie i udokumentowanie dobrowolności zgody, jeżeli pobierają opłatę za dostęp do wersji usługi bez reklamy behawioralnej. Administratorzy powinni dokumentować swoje decyzje i ocenę tego, czy dana opłata jest odpowiednia w konkretnym przypadku, aby wykazać, że nałożenie opłaty nie ogranicza skutecznie możliwości dobrowolnej zgody w danej sytuacji.
137. Jak przypomniano w pkt 32 powyżej, **zadaniem organów nadzorczych jest egzekwowanie stosowania RODO, w tym wymogów dotyczących ważnej zgody.** Może to także odnosić się do wpływu opłat na swobodę wyboru osób, których dane dotyczą. Mimo że administratorzy sami ustalają wysokość opłaty, w przypadku, gdy organy nadzorcze stwierdzą, że zgoda nie jest dobrowolna lub że nie przestrzegano zasady rozliczalności, mogą one interweniować i nakładać środki naprawcze. W tym względzie są uprawnione do dokonywania przeglądu lub analizy oceny adekwatności przeprowadzonej przez administratorów. Organ nadzorczy decyduje, w jakim zakresie należy zbadać tę sprawę¹¹⁵.
138. EROD podkreśla, że egzekwowanie RODO jest zadaniem organów nadzorczych. Ocena ważności i dobrowolności zgody nie jest zadaniem, które można zlecić w ramach outsourcingu. Istnieje jednak wiele okoliczności, w których organy nadzorcze mogą konsultować się z organami zajmującymi się innymi dziedzinami prawa, w tym w szczególności z organami ochrony konsumentów i konkurencji, zgodnie z zasadą lojalnej współpracy na podstawie art. 4 ust. 3 TUE, co niedawno podkreślił TSUE¹¹⁶.

¹¹⁴ W tym względzie zob. wytyczne EROD dotyczące artykułu 25, Uwzględnianie ochrony danych w fazie projektowania oraz domyślna ochrona danych, Wersja 2.0, pkt 70.

¹¹⁵ Zob. art. 57 ust. 1 lit. f) RODO, który ma również znaczenie dla dochodzeń prowadzonych z urzędu.

¹¹⁶ Wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 53: „[w] myśl tej zasady, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w dziedzinach podległych prawu Unii państwa członkowskie, w tym ich organy administracyjne, są zobowiązane do wzajemnego szanowania się i udzielania sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających

W stosownych przypadkach organy nadzorcze mogą konsultować się z takimi organami w ramach wykonywania swoich zadań. Konsultacje z takimi organami mogą być prawnie obowiązkowe, jeżeli organy nadzorcze stosują lub interpretują przepisy prawa UE, które podlegają nadzorowi ze strony innych organów.

4.2.1.5 Szczegółowość

139. Kolejnym warunkiem dotyczącym dobrowolnej zgody jest szczegółowość. Szczegółowość jest kluczowym elementem przy ocenie, czy cele są odpowiednio wydzielone. W modelu „wyraż zgodę albo zapłać” osoba, której dane dotyczą, powinna mieć swobodę wyboru poszczególnych celów, które akceptuje, a nie wybierać z konieczności pakietu celów przetwarzania. W RODO odniesienie do szczegółowości można znaleźć w motywie 43, w którym wyjaśniono, że zgody nie uważa się za dobrowolną, jeżeli wniosek o zgodę nie pozwala osobom, których dane dotyczą, wyrazić jej z osobna na różne cele przetwarzania¹¹⁷. Szczegółowość jest ściśle związana z wymogiem, aby zgoda była konkretna, co omówiono szczegółowo w sekcji 4.2.3¹¹⁸. Jak EROD stwierdziła wcześniej, „[w] przypadku przetwarzania danych do kilku celów rozwiązaniem umożliwiającym spełnienie przesłanek ważnej zgody jest szczegółowość, tj. rozdzielenie tych celów i uzyskanie zgody na każdy z nich”¹¹⁹.
140. Szczegółnej uwagi wymaga szczegółowość zgody w odniesieniu do reklamy behawioralnej prowadzonej przez duże platformy internetowe, ponieważ skomplikowana dynamika w tym zakresie stwarza poważne wyzwania. W tym kontekście należy zauważyć, że platformy internetowe stosujące reklamę behawioralną wykorzystują technicznie zaawansowaną infrastrukturę, stanowiącą często część ekosystemu cyfrowego, w którym wiele punktów danych z różnych źródeł najprawdopodobniej łączy się ze sobą oraz jest analizowanych i udostępnianych na aukcji w czasie rzeczywistym. Biorąc pod uwagę tę różnorodną dynamikę, administratorzy nie mogą zwrócić się do osób, których dane dotyczą, o blankietową zgodę na przetwarzanie w różnych celach, takich jak personalizacja treści, personalizacja reklam, tworzenie usług, ulepszanie usług, pomiar odbiorców. W tym duchu EROD przypomina, że osoby, których dane dotyczą, powinny mieć swobodę wyboru celu, jaki akceptują, i nie powinny w związku z tym otrzymywać jednego wniosku o zgodę łączącego w sobie kilka celów. W tym względzie należy położyć nacisk na rozróżnienie celów związanych z funkcjonalnością usługi i celów odnoszących się do reklamy behawioralnej oraz powiązanych z nią operacji przetwarzania¹²⁰. W tym przypadku istotne znaczenie mają także uwagi przedstawione w tym względzie w sekcjach 4.2.2 i 4.2.3 dotyczące świadomej i konkretnej zgody.

z traktatów, podejmowania wszelkich środków właściwych do zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających między innymi z aktów instytucji Unii oraz powstrzymywania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii [...]”.

¹¹⁷ Motyw 32 RODO stanowi, że „[z]goda powinna dotyczyć wszystkich czynności przetwarzania dokonywanych w tym samym celu lub w tych samych celach. Jeżeli przetwarzanie służy różnym celom, potrzebna jest zgoda na wszystkie te cele”.

¹¹⁸ Zob. wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 42 i 55.

¹¹⁹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 44.

¹²⁰ Cel ten może również dotyczyć technicznych operacji przetwarzania ściśle związanych z celem reklamowym, takich jak ograniczenie częstotliwości wyświetlania reklam lub pomiar skuteczności kampanii reklamowych. Zob. odpowiedź EROD na inicjatywę Komisji dotyczącą dobrowolnego zobowiązania przedsiębiorstw do uproszczenia zarządzania przez konsumentów plikami cookie i spersonalizowanymi opcjami reklamowymi, s. 7 załącznika.

4.2.2 Świadoma zgoda

141. Wyraźne odniesienie do świadomej zgodzie znajduje się w motywie 42 RODO: „[a]by wyrażenie zgody było świadome, osoba, której dane dotyczą, powinna znać przynajmniej tożsamość administratora oraz zamierzone cele przetwarzania danych osobowych”.
142. Udzielenie informacji osobom, których dane dotyczą, **przed uzyskaniem ich zgody** ma zasadnicze znaczenie dla umożliwienia im podjęcia świadomych decyzji i zrozumienia, na co się zgadzają. Jeżeli administrator danych nie przekaze dostępnych informacji, kontrola ze strony użytkownika staje się iluzoryczna, a zgoda będzie nieważna.
143. Dlatego też osoba, której dane dotyczą, musi zostać poinformowana o pewnych elementach, które mają kluczowe znaczenie dla dokonania rzeczywistego wyboru. W zależności od kontekstu osoba, której dane dotyczą, może potrzebować więcej informacji, aby **faktycznie zrozumieć stosowane operacje przetwarzania**¹²¹.
144. Ponieważ warunek świadomej zgody jest również związany z nadrzędnymi zasadami, takimi jak przejrzystość, rzetelność i rozliczalność, zasady te należy uwzględnić przy ocenie modeli „wyraż zgodę albo zapłać” (zob. sekcja 4.1 powyżej). Ponadto, ponieważ warunki świadomej i konkretnej zgody dotyczą poziomu i jakości informacji przekazywanych osobie, której dane dotyczą, sekcję 4.2.2 i sekcję 4.2.3 niniejszej opinii należy rozumieć jako uzupełniające się wzajemnie.

4.2.2.1 Wymogi dotyczące treści, aby zgoda była „świadoma”

145. W kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać” duże platformy internetowe powinny określić, jakie informacje należy przekazywać osobom, których dane dotyczą, na temat przetwarzania ich danych osobowych do celów reklamy behawioralnej. Ogólnie administratorzy są odpowiedzialni, zgodnie z zasadą rozliczalności, za opracowanie i udokumentowanie procesu informowania umożliwiającego osobom, których dane dotyczą, w pełni i jasno zrozumieć wartość, zakres i konsekwencje możliwych wyborów.
146. Motyw 42 RODO, w którym użyto terminu „przynajmniej”, nie zawiera wyczerpującego wykazu informacji, które należy przekazać osobie, której dane dotyczą, w celu zapewnienia świadomej zgody. Tożsamość administratora i opis celów przetwarzania są wymogami minimalnymi. Wymogi należy dostosować do poszczególnych przypadków, w zależności od czynności przetwarzania planowanych przez administratora¹²².
147. Sformułowanie „osoba, której dane dotyczą, powinna znać” oznacza, że administratorzy odpowiadają za dopilnowanie, aby użytkownicy rozumieli, jakie czynności przetwarzania danych administrator będzie prowadził w momencie rozpoczęcia korzystania z usługi. Obejmuje to obowiązek informowania użytkowników o towarzyszących czynnościach przetwarzania, których użytkownicy mogą być nieświadomi. W przypadku nieudzielenia odpowiednich informacji może wystąpić asymetria

¹²¹ EROD podkreśla, że TSUE wydał wyrok, w którym sprecyzowano, że informacje „powinny umożliwić takiej osobie łatwe ustalenie konsekwencji zgody, której może udzielić”, oraz „gwarantować, że zgoda ta zostanie udzielona przy pełnej znajomości stanu rzeczy”. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 listopada 2020 r., Orange Romania SA/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, pkt 40.

¹²² Minimalne wymogi dotyczące treści, aby zgoda była „świadoma”, opisano w sekcji 3.3.1 wytycznych EROD dotyczących zgody.

informacji i osoby, których dane dotyczą, mogą nie być w stanie przewidzieć, w jaki sposób ich dane osobowe będą przetwarzane¹²³. Duże platformy internetowe powinny dopilnować, aby osoby, których dane dotyczą, jasno zrozumiały czynności przetwarzania i wszelkie zmiany, które ich dotyczą, na przykład gdy taka platforma przechodzi na model „wyraż zgodę albo zapłać”.

148. W kontekście reklamy behawioralnej należy przekazywać informacje, które są wystarczająco szczegółowe, aby osoby, których dane dotyczą, mogły zrozumieć, na jakie elementy usługi wyrażają zgodę, zachowując jednocześnie możliwość odmowy zgody na inne elementy. Szczegółowe informacje pozwalające osobom, których dane dotyczą, rozróżnić różne cele przetwarzania są konieczne, aby zgoda była ważna. W tym względzie duże platformy internetowe nie powinny wymagać, aby osoby, których dane dotyczą, wyrażały zgodę na czynności przetwarzania, których cel nie został odpowiednio określony lub jest niejednoznaczny. Na przykład dla osoby, której dane dotyczą, powinno być jasne, do jakich celów jej dane są zbierane, jakie dane są zbierane w odniesieniu do poszczególnych celów i dlaczego są one zbierane¹²⁴. Duże platformy internetowe nie powinny definiować celu przetwarzania w sposób zbyt szeroki, aby osoba, której dane dotyczą, mogła zrozumieć konsekwencje swojego wyboru (np. „cele handlowe” lub „personalizacja”). W tym względzie istotne są również uwagi zawarte w sekcji 4.2.3 poświęconej wymogom dotyczącym konkretnej zgody.
149. Duże platformy internetowe powinny w sposób rzetelny i kompletny opisać cel, do którego zebrano zgodę. Na przykład duże platformy internetowe nie mogą ograniczać opisu celu przetwarzania do korzyści, jakie przynosi osobom, których dane dotyczą (np. bardziej zindywidualizowana obsługa), jeżeli takie przetwarzanie wiąże się dla nich również z innymi konsekwencjami (np. profilowaniem, inwazyjnym śledzeniem itp.).
150. W kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać” opcje oferowane osobom, których dane dotyczą, muszą być dostosowane do przekazywanych im informacji. Dla osoby, której dane dotyczą, musi być jasne, co dokładnie pokrywałaby opłata i jak jej uiszczenie wpłynęłoby na przetwarzanie odnośnych danych. W przypadku gdy w ramach każdej z opcji przekazywane są informacje na temat modeli biznesowych administratora, informacje takie nie powinny zastępować informacji na temat przetwarzania danych osobowych.
151. Ponadto reklama behawioralna z konieczności wiąże się z profilowaniem działań osoby, której dane dotyczą, w internecie i często obejmuje dane osobowe pozyskanych pośrednio od osoby, której dane dotyczą. Proces profilowania często polega na nieprzejrzystych interakcjach i wymianie danych między administratorem a osobami trzecimi. Ten brak przejrzystości może na przykład wystąpić w przypadku wzajemnego wykorzystania danych na platformie i poza platformą. Duże platformy internetowe mogą przetwarzać dane osobowe do celów profilowania zebrane zarówno na swojej platformie, jak i poza nią. Obowiązkiem administratorów jest upewnienie się, że osoby, których dane dotyczą, rozumieją techniki stosowane w procesach profilowania¹²⁵. W tym kontekście motyw 60 RODO stanowi, że

¹²³ W tym względzie EROD zauważa, że w art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych (dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, Dz.U. C 526 z 29.12.2021, s. 1) na przedsiębiorstwa nałożono obowiązek przekazywania wszystkich informacji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji.

¹²⁴ Zob. „Minimalne wymogi dotyczące treści, aby zgoda była »świadoma«” w wytycznych EROD dotyczących zgody, pkt 64 i 65.

¹²⁵ Grupa Robocza Art. 29, WP251 rev.01, 3 października 2017 r., Wytyczne w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji w indywidualnych przypadkach i profilowania do celów rozporządzenia 2016/679/UE, ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 6 lutego 2018 r., zatwierdzone przez EROD w dniu 25 maja 2018 r.

przekazywanie informacji na temat profilowania należy do obowiązków administratora w zakresie przejrzystości wynikających z art. 5 ust. 1 lit. a) RODO.

152. Administratorzy powinni przekazywać odpowiednie informacje na temat każdej oferowanej przez siebie wersji usługi, w tym w przypadku gdy co najmniej jedna z nich nie wymaga zgody do celów reklamy behawioralnej. Dotyczy to również bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej (zob. sekcja 4.2.1.1). Administrator powinien zachować przejrzystość co do podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych osób, których dane dotyczą, w każdej z opcji.
153. Przy przekazywaniu informacji osobom, których dane dotyczą, duże platformy internetowe powinny uwzględnić w szczególności następujące kwestie:
 - w stosownym przypadku, informacje o odbiorcach lub kategoriach odbiorców danych osobowych;
 - w stosownych przypadkach, fakt, że administrator zamierza przekazać dane osobowe do państwa trzeciego, oraz okres planowanego przechowywania danych osobowych;
 - zbieranie i przetwarzanie danych utrzymywanych przez administratora niezależnie od tego, czy osoba, której dane dotyczą, wyraża zgodę na reklamę behawioralną;
 - prawo osoby, której dane dotyczą, do wycofania zgody w dowolnym momencie oraz jego konsekwencje oraz
 - połączenie danych lub wspólne korzystanie z danych przez różne usługi, tj. czy i w jakim zakresie dane są łączone z danymi zbieranymi przez inne usługi (tego samego administratora) oraz z danymi zebranymi przez innych administratorów.

4.2.2.2 Sposoby przekazywania informacji

4.2.2.2.1 Czas i wyświetlanie informacji

154. Duże platformy internetowe powinny przekazać pełne informacje przed rozpoczęciem przetwarzania danych do celów reklamy behawioralnej. Mogą na przykład przedstawić krótkie podsumowanie różnic między poszczególnymi opcjami oferowanymi w modelu „wyraż zgodę albo zapłać”, a następnie podać kompletne i szczegółowe informacje dotyczące poszczególnych opcji z wykorzystaniem specjalnych odrębnych przycisków dla każdej opcji.
155. Zalecenia zawarte w wytycznych EROD dotyczących zwodniczych interfejsów platform społecznościowych mają istotne znaczenie dla określenia sposobu, w jaki należy przekazywać informacje osobom, których dane dotyczą¹²⁶. Ponadto osobom, których dane dotyczą, należy zapewnić wystarczająco dużo czasu na przyswojenie otrzymanych informacji¹²⁷.

(„wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji w indywidualnych przypadkach”), s. 9.

¹²⁶ Wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów.

¹²⁷ W tym względzie zob. również wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów, pkt 43–48.

4.2.2.2 Wymogi dotyczące przejrzystości

156. Duże platformy internetowe stosujące model „wyraż zgodę albo zapłać” powinny uwzględniać wytyczne w sprawie przejrzystości na podstawie RODO¹²⁸.
157. Jeżeli chodzi o język przekazywania informacji, określenia „zwięzły” oraz „jasny i prosty język” wymagają od administratora dostosowania języka do osób, których dane dotyczą¹²⁹. To oznacza to, że informacje należy przekazywać w sposób jasny i zrozumiały dla docelowych odbiorców.
158. Aby spełnić wspomniane wymogi dotyczące przejrzystości, administratorzy powinni ocenić, jakich odbiorców obsługują. Po określeniu odbiorców administratorzy powinni ustalić, jaki język i komunikacyjne podejście są odpowiednie. Dzięki temu powinni oni dopilnować, aby ich odbiorcy rozumieli usługę i to, jak korzystanie z usługi wpływa na ich dane osobowe.
159. Użyte sformułowania mają jasno określić konsekwencje wyboru dokonanego przez osobę, której dane dotyczą, dla przetwarzania danych osobowych tej osoby¹³⁰. Na przykład administrator musi wyjaśnić osobie, której dane dotyczą, nie tylko, że dokonany wybór przełoży się na obecność lub brak reklamy, ale również to, czy i w jakim zakresie administrator będzie przetwarzał dane osobowe do celów reklamy behawioralnej.
160. Administratorzy mogą używać różnych kanałów informacji w zależności od rodzaju obsługiwanej platformy internetowej. Na przykład informacje mogą być przekazywane osobom, których dane dotyczą, za pomocą nagrań wideo wyjaśniających różnice między poszczególnymi alternatywami lub za pomocą interaktywnych stron zawierających przykłady, jak będą wyglądać poszczególne opcje usługi. Administratorzy mogą rozważyć przeprowadzenie testów wśród użytkowników w celu określenia najodpowiedniejszego kanału informacji.

4.2.3 Konkretna zgoda

161. Art. 6 ust. 1 lit. a) RODO stanowi, że zgoda musi być wyrażona w „jednym lub większej liczbie określonych celów”. Wymóg, aby zgoda była „konkretna”, jest ściśle związany z wymogami dotyczącymi „świadomej” i „szczegółowej” zgody. Aby zgoda była konkretna, duże platformy internetowe powinny określić konkretny, wyraźny i prawnie uzasadniony cel czynności przetwarzania, na które zebrano zgodę, oraz przekazywać osobom, których dane dotyczą, wystarczające informacje na temat takich czynności przetwarzania¹³¹. Należy unikać postępującego rozszerzania lub zacierania celów (tzw. zmiana celów), ponieważ to podważyłoby zasadę ograniczenia celu i byłoby z nią sprzeczne¹³².
162. Biorąc pod uwagę złożony system czynności przetwarzania danych do celów reklamy behawioralnej, duże platformy internetowe powinny dokładnie zdefiniować i wydzielić cele swoich czynności przetwarzania. Administrator musi przedstawić cele reklamy behawioralnej, aby umożliwić

¹²⁸ Grupa Robocza Art. 29, WP260 rev.01, Wytyczne w sprawie przejrzystości na podstawie rozporządzenia 2016/679, przyjęte dnia 29 listopada 2017 r., ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 11 kwietnia 2018 r., zatwierdzone przez EROD w dniu 25 maja 2018 r. („wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie przejrzystości”).

¹²⁹ Wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie przejrzystości, pkt 13, w którym stwierdzono, że „[j]eżeli administrator kieruje informacje do osób, których dane dotyczą i które posługują się innym językiem lub innymi językami, należy zapewnić tłumaczenie w tym języku lub tych językach”.

¹³⁰ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 70.

¹³¹ Zob. również motyw 28, w którym stwierdzono, że cele muszą być „określone w czasie gromadzenia danych”. Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 56.

¹³² Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 56.

użytkownikowi zrozumienie, które czynności przetwarzania mają miejsce w odniesieniu do każdego celu, i podjęcie decyzji co do wyrażenia zgody¹³³.

163. Duże platformy internetowe powinny oceniać i dokumentować indywidualnie dla każdego przypadku, czy przekazywanie reklamy behawioralnej wiąże się dla nich z przetwarzaniem danych osobowych do różnych celów i koniecznością uzyskania osobnej zgody na te cele¹³⁴. Natomiast procesy techniczne, które mogą być ściśle związane z pojedynczym celem, nie mogą wymagać odrębnej zgody¹³⁵. Należy również uwzględnić uwagi przedstawione w sekcji 4.2.1.5 (dotyczącej szczegółowości) i sekcji 4.2.2 (dotyczącej świadomej zgody).

4.2.4 Jednoznaczne okazanie woli

164. Aby zgoda była ważna na podstawie art. 4 pkt 11 RODO, musi być m.in. jednoznacznym „okazaniem woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”¹³⁶. To oznacza, że musi być oczywiste, iż osoba, której dane dotyczą, wyraziła zgodę na konkretne przetwarzanie danych¹³⁷.
165. Administratorzy powinni starannie opracować sposób zwracania się do osób, których dane dotyczą, o wyrażenie zgody, zwłaszcza w przypadku, gdy zamierzają uzyskać zgodę na cele inne niż reklama behawioralna (np. ulepszenie usług lub personalizacja treści). Zasadniczo nie można uznać, że osoby, których dane dotyczą, jednoznacznie wyrażają zgodę na wszystkie cele w ramach jednej czynności, w przypadku gdy wskazane jest, aby osoby, których dane dotyczą, były w stanie wyrazić bardziej szczegółowe preferencje.
166. W kontekście modeli „wyraź zgodę albo zapłać” uzależnia się dostęp do usługi bez uiszczania opłaty od wyrażenia zgody na określone czynności przetwarzania. Jeżeli użytkownik udziela zgody na czynności przetwarzania, które umożliwiają bezpłatny dostęp do usługi, należy uznać, że użytkownik udziela zgody wyłącznie na te czynności przetwarzania, mając na uwadze wymóg, by zgoda była „konkretna”. Aby można było uznać zgodę za wyraźnie wyrażoną w odniesieniu do innych celów, użytkownik powinien aktywnie wybrać te cele.
167. Innym aspektem istotnym dla jednoznacznego okazania woli jest to, aby użytkownik nie był narażony na zwodnicze interfejsy i aby poszczególne opcje przedstawiono w sposób równorzędny. W tym

¹³³ Zob. opinia Grupy Roboczej Art. 29 3/2013 w sprawie ograniczenia celu (WP 203), s. 16: „[z] tych powodów cel, który jest niejednoznaczny lub ogólny, taki jak na przykład »poprawa doświadczeń użytkowników«, »cele marketingowe«, »cele bezpieczeństwa informatycznego« lub »przyszłe badania« – bez podania szczegółów – co do zasady nie będzie spełniał kryteriów »konkretności«”.

¹³⁴ Zob. na przykład wyrok TSUE w sprawie Bundeskartellamt, pkt 151: „należy uznać za stosowne [...] udzielenie odrębnej zgody na przetwarzanie z jednej strony tych właśnie danych oraz z drugiej strony danych off-Facebook”.

¹³⁵ Odpowiedź EROD na inicjatywę Komisji dotyczącą dobrowolnego zobowiązania przedsiębiorstw do uproszczenia zarządzania przez konsumentów plikami cookie i spersonalizowanymi opcjami reklamowymi, s. 7 (w której stwierdzono: „[j]eżeli użytkownik wyraża zgodę na dostęp do informacji lub ich przechowywanie w swoim urządzeniu końcowym w dobrze opisanym celu reklamowym, cel ten może dotyczyć technicznych operacji przetwarzania ściśle związanych z danym celem reklamowym, takich jak użycie plików cookie do ograniczania częstotliwości wyświetlania reklam lub pomiaru skuteczności kampanii reklamowych. Takie techniczne operacje przetwarzania mogą obejmować dostęp do informacji w urządzeniu końcowym lub ich przechowywanie w urządzeniu końcowym”).

¹³⁶ C-61/19, Orange Romania, ECLI:EU:C:2020:901, pkt 36.

¹³⁷ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 75.

względnie EROD przywołuje również swoje wytyczne dotyczące zwodniczych interfejsów platform społecznościowych¹³⁸.

168. W przypadku modeli „wyraż zgodę albo zapłać” należy pamiętać na przykład, że użytkownicy mogą zostać wprowadzeni w błąd i udzielić zgody, jeśli administratorzy przekazują niejednoznaczne informacje. Ma to miejsce w przypadku, gdy zgoda jest pozyskiwana przy użyciu takich sformułowań jak „po prostu kontynuuj” lub „kontynuuj bez opłaty”¹³⁹. W takich przypadkach brak płatności podkreśla się w taki sposób, że nie jest jasne, czy wybór opcji bezpłatnej oznacza wyrażenie zgody¹⁴⁰. Aby zapewnić jednoznaczne okazanie woli, zadawane pytania powinny być sformułowane w sposób dokładny i przejrzysty, a zgody na przetwarzanie danych osobowych nie należy przedstawiać jedynie jako możliwości uniknięcia opłaty.

4.3 Elementy dodatkowe

4.3.1 Wycofanie zgody

169. W art. 7 ust. 3 RODO stwierdzono, że osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wycofać zgodę. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 3 RODO „wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie”¹⁴¹. Wymóg dotyczący łatwego wycofania zgody jest niezbędnym elementem ważnej zgody na podstawie RODO¹⁴². Nie ma ustalonego konkretnego rozwiązania w zakresie wdrażania tych wymogów. Dlatego też zasadniczo jest konieczne sprawdzenie w poszczególnych przypadkach, czy zapewniono łatwo dostępną możliwość wycofania spełniającą wymogi prawne¹⁴³. Zależy to również od tego, czy możliwość wycofania zgody jest jasno i wyraźnie widoczna i nie została przedstawiona w ramach zwodniczych lub manipulacyjnych interfejsów¹⁴⁴.
170. Administrator musi poinformować osobę, której dane dotyczą, o prawie do wycofania zgody przed jej faktycznym wyrażeniem¹⁴⁵. Administrator musi również poinformować osoby, których dane dotyczą, o sposobie korzystania z tego prawa¹⁴⁶.
171. Osoby, których dane dotyczą, powinny mieć możliwość wycofania zgody bez niekorzystnych konsekwencji¹⁴⁷. Należy podkreślić, że w przypadku gdy osoba, której dane dotyczą, ponosi niekorzystne konsekwencje, gdy wycofuje zgodę, można uznać, że nigdy nie uzyskano ważnej zgody,

¹³⁸ Wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów.

¹³⁹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 84.

¹⁴⁰ Zob. wytyczne EROD dotyczące zwodniczych interfejsów, lista kontrolna 4.6.2 w załączniku I.

¹⁴¹ Nie zawsze musi to się odbywać w ramach takiej samej czynności, ale w przypadku wyrażenia zgody drogą elektroniczną przez tylko jedno kliknięcie myszką, przesunięcie lub kliknięcie klawisza, osoby, których dane dotyczą, muszą w praktyce mieć możliwość wycofania zgody w równie łatwy sposób. Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 113–114.

¹⁴² Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 116.

¹⁴³ Zob. sprawozdanie z prac prowadzonych przez grupę zadaniową EROD ds. bannerów informujących o plikach cookie, pkt 35.

¹⁴⁴ Zob. również motyw 37 aktu o rynkach cyfrowych: „Ponadto cofnięcie zgody powinno być równie proste co jej wyrażenie. Strażnicy dostępu nie powinni projektować, organizować lub obsługiwać swoich interfejsów internetowych w sposób, który w drodze wprowadzenia w błąd, manipulacji lub w inny sposób istotnie zakłóca lub ogranicza zdolność użytkowników końcowych do swobodnego wyrażenia zgody”.

¹⁴⁵ Art. 7 ust. 3 RODO.

¹⁴⁶ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 116.

¹⁴⁷ Motyw 42 RODO, wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 46 i 114.

a obowiązkiem administratora jest usunięcie wszystkich danych osobowych użytkownika, które zebrano na podstawie takiej nieważnej zgody¹⁴⁸.

172. W kontekście analizowanych tu modeli „wyraż zgodę albo zapłać” należy najpierw rozróżnić wykonanie prawa do samego wycofania zgody i wolę użytkownika dalszego korzystania z usługi po wycofaniu zgody. Istotne znaczenie ma przekazanie przejrzystych i czytelnych informacji na temat sposobu korzystania z prawa do wycofania zgody, aby uniknąć wrażenia, że wycofanie zgody automatycznie prowadzi do przystąpienia do płatnej subskrypcji. W takich przypadkach wykonanie prawa do wycofania zgody spowoduje, że użytkownik ponownie będzie mógł wybrać, czy wyrazić zgodę na przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej, czy też skorzystać z płatnej subskrypcji (lub wybrać bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej, jeżeli jest ona oferowana). Do tej konsekwencji należy się odnieść tak samo jak do ogólnej kwestii, czy modele „wyraż zgodę albo zapłać” oferują możliwość swobodnego wyboru. Standardowy sposób ustalania, czy występują niekorzystne konsekwencje, ujęto zatem w wyjaśnieniach w sekcji 4.2.1.2 („Niekorzystne konsekwencje”). Jeżeli w danym przypadku oceniono, że swobodny wybór jest możliwy, to powinno odnosić się także do wycofania zgody, ponieważ w przeciwnym razie zgoda byłaby zawsze nieważna.
173. Niezależnie od tego powinno być jasne, że decyzja użytkownika o subskrypcji płatnej wersji usługi w momencie pierwszego udzielenia zgody na przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej stanowi wycofanie jego zgody. Natomiast zakończenie płatnej subskrypcji nie jest równoznaczne z wyrażeniem zgody.
174. Aby ocenić, czy prawo do wycofania zgody spełnia wymogi RODO, należy również przeanalizować konsekwencje wykonania prawa do wycofania zgody. W wytycznych EROD dotyczących zgody wyjaśniono, że w razie wycofania zgody wszystkie operacje przetwarzania danych, które przeprowadzono w oparciu o tę zgodę przed jej wycofaniem i które były zgodne z RODO, pozostają co do zasady zgodne z prawem, jednak administrator musi zaprzestać przetwarzania tych danych¹⁴⁹. Jeżeli nie ma innej zgodnej z prawem podstawy przetwarzania danych (np. dalsze przechowywanie), administrator powinien je usunąć¹⁵⁰.
175. Wycofanie zgody na przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej powinno zatem prowadzić do zakończenia wszystkich czynności przetwarzania opartych na zgodzie osoby, której dane dotyczą. Ma to wpływ nie tylko na przechowywanie danych na urządzeniu końcowym do celów reklamy behawioralnej lub dostęp do tych danych, ale również na późniejsze przetwarzanie danych zebranych w takich celach (np. gdy te dane są dalej udostępniane osobom trzecim). Jest to szczególnie istotne w okolicznościach, w których administrator korzysta z dużej sieci reklamowej w celu targetowania osób fizycznych i śledzenia ich na kilku stronach internetowych.
176. Wnioski TSUE zawarte w wyroku w sprawie Proximus¹⁵¹ mają również zastosowanie w kontekście reklamy behawioralnej, zwłaszcza w przypadku stosowania metod marketingu internetowego, takich

¹⁴⁸ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 49.

¹⁴⁹ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 117.

¹⁵⁰ Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 117.

¹⁵¹ TSUE, wyrok w sprawie C-129/21, Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit, ECLI:EU:C:2022:833. W wyroku w sprawie Proximus TSUE stwierdził, że jeżeli różni administratorzy opierają się na jednokrotnej zgodzie osoby, której dane dotyczą, wówczas, aby osoba ta wycofała taką zgodę, wystarczy, że zwróci się ona do któregośkolwiek z administratorów (pkt 84). TSUE stwierdza ponadto, że: „[...] w celu zagwarantowania skuteczności prawa do wycofania zgody [...] i zapewnienia, by zgoda osoby, której dane dotyczą, była ściśle związana z celem, dla którego została ona udzielona, administrator, wobec którego osoba, której dane dotyczą,

jak określanie stawek w czasie rzeczywistym (ang. *real time bidding*, RTB). Sprzeczne z zasadą wycofania zgody równie łatwego co jej wyrażenie byłoby również to, gdyby użytkownik musiał samodzielnie wycofać zgodę wobec każdego zaangażowanego administratora, podczas gdy zgody udziela się wszystkim administratorom jednym kliknięciem. Ponadto, zwłaszcza w przypadku tworzenia i rozszerzania profili użytkowników, które są wykorzystywane do reklamy behawioralnej, profile należy usunąć po wycofaniu zgody i nie można ich przetwarzać, również w innym celu w odniesieniu do innej podstawy prawnej, z wyjątkiem sytuacji, gdy dane osobowe są przetwarzane w innym celu w odniesieniu do ważnej podstawy prawnej od samego początku.

4.3.2 Aktualizacja zgody

177. W RODO nie określono konkretnego terminu, jak często należy aktualizować zgodę ani przez jak długo zgodę uznaje się odpowiadającą woli osoby, której dane dotyczą. Administratorzy powinni przeprowadzać taką ocenę indywidualnie dla każdego przypadku.

EROD w swoich wytycznych przedstawiła kryteria, które mogą pomóc administratorom w określaniu, jak długo zgodę należy uznać za obowiązującą, z uwzględnieniem kontekstu, jaki jest zakres pierwotnej zgody i jakie są oczekiwania osoby, której dane dotyczą¹⁵². Konieczne może być uwzględnienie w takiej ocenie przepisów zawartych w innych aktach prawnych UE, w zależności od konkretnych okoliczności danego przypadku, np. przepisów określonych w art. 5 ust. 2 aktu o rynkach cyfrowych.

178. W kontekście reklamy behawioralnej, ze względu na inwazyjny charakter przetwarzania, za odpowiedni uznaje się ograniczony okres ważności zgody, np. jeden rok¹⁵³.

5 WNIOSKI

179. W kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać” obsługiwanych przez duże platformy internetowe EROD podkreśla, że administratorzy muszą przestrzegać wszystkich wymogów RODO, w szczególności wymogów dotyczących ważnej zgody, opisanych w niniejszej opinii, przy jednoczesnej ocenie specyfiki poszczególnych przypadków.

Należy stwierdzić, że w większości przypadków duże platformy internetowe nie są w stanie spełnić wymogów dotyczących ważnej zgody, jeżeli dają użytkownikom do wyboru tylko dwie opcje: albo wyrażenie zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej, albo uiszczanie opłaty.

180. EROD przypomina, że danych osobowych nie można uznać za towar handlowy, a duże platformy internetowe powinny pamiętać o konieczności zapobiegania przekształcaniu podstawowego prawa do ochrony danych w opcję, za którą osoby, których dane dotyczą, muszą płacić. Dlatego też administratorzy nie powinni domyślnie oferować (wyłącznie) płatnej alternatywy dla usługi, która obejmuje przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej. Przeciwnie, opracowując alternatywę dla wersji usługi z reklamą behawioralną, duże platformy internetowe powinny rozważyć zapewnienie

wycofała zgodę na przetwarzanie jej danych osobowych, jest rzeczywiście zobowiązany do poinformowania o tym wycofaniu wszystkich osób, które przekazały mu te dane, a także osób, którym on z kolei przekazał wspomniane dane. Poinformowani w ten sposób administratorzy mają z kolei obowiązek przekazać te informacje innym administratorom, którym przekazali takie dane” (pkt 85).

¹⁵² Wytyczne EROD dotyczące zgody, pkt 110.

¹⁵³ Zob. również opinia Grupy Roboczej Art. 29 w sprawie internetowej reklamy behawioralnej, s. 16.

osobom, których dane dotyczą, „równoważnej alternatywy”, która nie wymaga uiszczenia opłaty (np. uwzględniającej inną formę reklamy, która nie jest reklamą behawioralną).

181. W przypadku gdy administratorzy postanowią zaoferować osobom, których dane dotyczą, „równoważną alternatywę” obejmującą uiszczenie opłaty, aby zapewnić rzeczywisty wybór i nie dawać użytkownikom do wyboru tylko dwóch opcji – albo uiszczenie opłaty, albo wyrażenie zgody na przetwarzanie do celów reklamy behawioralnej – powinni także rozważyć zaoferowanie dodatkowej bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej, np. zawierającą pewną formę reklamy obejmującą przetwarzanie mniejszej ilości danych osobowych (lub nieprzetwarzanie takich danych). Jest to szczególnie ważny czynnik przy ocenie niektórych kryteriów dotyczących ważnej zgody na podstawie RODO.

W większości przypadków fakt, czy administrator oferuje dodatkową bezpłatną alternatywę bez reklamy behawioralnej, ma zasadniczy wpływ na ocenę ważności zgody, zwłaszcza w odniesieniu do aspektu niekorzystnych konsekwencji. Duże platformy internetowe powinny zatem w znacznym stopniu rozważyć zaoferowanie bezpłatnej alternatywy bez reklamy behawioralnej.

182. Na podstawie wniosku o opinię złożonego przez organy nadzorcze z Niderlandów, Norwegii i Niemiec (Hamburga) oraz na podstawie powyższej analizy EROD stwierdza, że **zgodę uzyskaną przez duże platformy internetowe** (zdefiniowane do celów niniejszej opinii) **w kontekście modeli „wyraż zgodę albo zapłać” związanych z reklamą behawioralną można uznać za ważną jedynie, o ile te platformy mogą wykazać, zgodnie z zasadą rozliczalności, że spełnione są wszystkie wymogi dotyczące ważnej zgody, czyli:**

- Zgoda jest **dobrowolna**. W związku z tym duże platformy internetowe powinny przeanalizować między innymi następujące elementy:
 - Czy osoba, której dane dotyczą, ponosi **niekorzystne konsekwencje** w wyniku nieudzielenia lub wycofania zgody. W tym względzie duże platformy internetowe stosujące modele „wyraż zgodę albo zapłać” powinny zapewnić, aby ewentualna opłata nie blokowała osobom, których dane dotyczą, swobodnego wyboru, na przykład przez zachęcanie ich do wyrażenia zgody. Ponadto niekorzystne konsekwencje mogą wystąpić w przypadku, gdy osoby, których dane dotyczą, nie uiszczą opłaty w celu odmowy zgody, a tym samym wskutek niewyrażenia zgody narażą się na wykluczenie z usługi, zwłaszcza w przypadkach, gdy usługa odgrywa znaczącą rolę lub ma decydujące znaczenie dla uczestnictwa w życiu społecznym lub dostępu do sieci zawodowych, a jeszcze bardziej w przypadku uzależnienia od jednego dostawcy lub wystąpienia efektów sieciowych. W rezultacie niekorzystne konsekwencje prawdopodobnie występują w sytuacji, gdy duże platformy internetowe stosują model „wyraż zgodę albo zapłać” w celu uzyskania zgody na przetwarzanie.
 - Czy występuje **brak równowagi sił** między osobą, której dane dotyczą, a dużą platformą internetową. W tym względzie pewne niewyczerpujące i niełączące czynniki mogą pomóc dużym platformom internetowym w indywidualnej ocenie, obejmującej pozycję przedsiębiorstwa na rynku, istnienie efektu uzależnienia od jednego dostawcy lub efektu sieciowego, stopnia wykorzystania usługi przez osobę, której dane dotyczą, oraz docelowych lub dominujących odbiorców usługi; w przypadku wyraźnego braku równowagi zgody można użyć wyłącznie w „wyjątkowych okolicznościach” i w sytuacji, gdy administrator – zgodnie z zasadą rozliczalności – może udowodnić, że niewyrażenie zgody przez osobę, której dane dotyczą, nie pociąga za sobą „żadnych negatywnych

konsekwencji” dla tej osoby, zwłaszcza jeżeli osobom, których dane dotyczą, oferuje się alternatywę, która nie ma żadnych negatywnych skutków.

- Czy wymagana jest zgoda, aby mieć dostęp do towarów lub usług, nawet jeśli przetwarzanie na podstawie zgody nie jest konieczne do wykonania umowy dotyczącej oferowania takich towarów lub usług. EROD zwraca uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) stwierdził w wyroku w sprawie Bundeskartellamt, że użytkownikom odmawiającym zgody na określone operacje przetwarzania należy zaoferować, „w stosownym przypadku za odpowiednim wynagrodzeniem, równoważną alternatywę, która nie jest powiązana z takimi operacjami przetwarzania danych”. Takie działanie pozwala administratorom uniknąć warunkowości. W każdym razie muszą być również spełnione pozostałe kryteria „dobrowolnej” zgody. EROD uważa, że wskazana przez TSUE konieczność zaoferowania osobom, których dane dotyczą, „**równoważnej alternatywy**” oznacza alternatywną wersję danej usługi oferowanej przez tego samego administratora, która nie wymaga zgody na przetwarzanie danych osobowych do celów reklamy behawioralnej. EROD przedstawia elementy, które mogą pomóc w zapewnieniu, aby alternatywa była faktycznie równoważna. Jeżeli wersja alternatywna różni się tylko w niezbędnym zakresie wynikającym z tego, że administrator nie może przetwarzać danych osobowych do celów reklamy behawioralnej, można ją zasadniczo uznać za równoważną. Ponadto w przypadku „równoważnej alternatywy” należy pominąć operacje przetwarzania, które nie są niezbędne do świadczenia usługi i wymagają zgody. Skoro operacje przetwarzania prowadzone do celów reklamy behawioralnej nie są niezbędne do świadczenia danej usługi i wymagają zgody, takie operacje należy pominąć w równoważnej alternatywie, chyba że służą one również innemu zgodnemu z prawem celowi.
- Czy nałożona **opłata** blokuje osobom, których dane dotyczą, dokonywanie rzeczywistego wyboru lub zachęca je do wyrażenia zgody. Jeżeli chodzi o nakładanie opłaty za dostęp do wersji usługi, która jest „równoważną alternatywą”, administratorzy powinni ocenić, indywidualnie dla każdego przypadku, czy opłata jest w ogóle odpowiednia i jaka kwota jest odpowiednia w danych okolicznościach, biorąc pod uwagę konieczność zapobiegania przekształcaniu podstawowego prawa do ochrony danych w funkcję premium zarezerwowaną dla bogatych. Tę ocenę należy przeprowadzić w świetle wymogów dotyczących ważnej zgody oraz zasad określonych w art. 5 RODO, w szczególności zasady rzetelności, oraz z uwzględnieniem zarówno możliwych alternatyw dla reklamy behawioralnej, które wiążą się z przetwarzaniem mniejszej ilości danych osobowych, jak i sytuacji osób, których dane dotyczą.

Zadaniem organów nadzorczych jest egzekwowanie stosowania RODO, co może także odnosić się do wpływu opłat na swobodę wyboru osób, których dane dotyczą. W wielu okolicznościach organy nadzorcze mogą konsultować się z organami zajmującymi się innymi dziedzinami prawa, w tym w szczególności z organami ochrony konsumentów i konkurencji.

- Czy osoby, których dane dotyczą, mają swobodę wyboru akceptowanego przez siebie celu przetwarzania zamiast otrzymywania jednego wniosku o zgodę łączącego w sobie kilka celów (**szczegółowość**).
- Zgoda jest **świadoma**. Administratorzy są odpowiedzialni, zgodnie z zasadą rozliczalności, za opracowanie i udokumentowanie procesu informowania umożliwiającego osobom, których dane dotyczą, w pełni i jasno zrozumieć wartość, zakres i konsekwencje możliwych wyborów. To

oznacza, że przed dokonaniem wyboru osoby, których dane dotyczą, powinny otrzymać jasne informacje na temat czynności przetwarzania związanych z każdą z oferowanych im opcji. Duże platformy internetowe powinny uwzględniać złożoność czynności przetwarzania danych wymaganych do celów reklamy behawioralnej oraz zapewniać, aby informacje przekazywano grupie docelowej w sposób jasny i zrozumiały.

- Zgoda jest **jednoznacznym okazaniem woli**. Duże platformy internetowe powinny starannie opracować sposób zwracania się do osób, których dane dotyczą, o wyrażenie zgody, tak aby osoby, których dane dotyczą, nie były narażone na zwodnicze interfejsy. Jeżeli użytkownik udziela zgody na czynności przetwarzania, które umożliwiają bezpłatny dostęp do usługi, należy uznać, że użytkownik udziela zgody wyłącznie na te czynności przetwarzania, mając na uwadze wymóg, by zgoda była konkretna. Aby można było uznać zgodę za wyraźnie wyrażoną w odniesieniu do innych celów, użytkownik powinien aktywnie wybrać te cele.
- Zgoda jest **konkretna**. Oznacza to, że duże platformy internetowe powinny dokładnie zdefiniować i wydzielić cele czynności przetwarzania, które wymagają zgody. Na przykład zgody uzyskanej do celów reklamy behawioralnej nie należy łączyć z innymi celami. Duże platformy internetowe powinny oceniać i dokumentować indywidualnie dla każdego przypadku, czy przekazywanie reklamy behawioralnej wiąże się dla nich z przetwarzaniem danych osobowych do różnych celów i koniecznością uzyskania osobnej zgody na te cele.

183. EROD przypomina, że **uzyskanie zgody nie zwalnia dużych platform internetowych z przestrzegania pozostałych przepisów i zasad przewidzianych w RODO**, w tym zasad określonych w art. 5 RODO. Szczególne znaczenie w przypadku dużych platform internetowych stosujących modele „wyraż zgodę albo zapłać”, nie tylko przy ocenie ważności zgody, mają zasady wymienione poniżej.

- **Ograniczenie celu i minimalizacja danych** – duże platformy internetowe mają obowiązek jasno określić cel swoich czynności przetwarzania oraz zapewnić przetwarzanie wyłącznie danych osobowych niezbędnych do osiągnięcia tego celu.
- **Rzetelność** – aby zapewnić rzetelność czynności przetwarzania, duże platformy internetowe powinny przeanalizować wpływ czynności przetwarzania na prawa i godność osób fizycznych oraz przyznać osobom, których dane dotyczą, jak najwyższy zakres autonomii.
- **Ochrona danych w fazie projektowania** – duże platformy internetowe muszą stosować odpowiednie środki techniczne i organizacyjne oraz uwzględniać niezbędne zabezpieczenia w czynnościach przetwarzania, tak aby spełniać wymogi RODO oraz chronić prawa i wolności osób, których dane dotyczą.
- **Domyślna ochrona danych** – duże platformy internetowe odpowiadają za wdrażanie takich domyślnych ustawień i opcji przetwarzania, aby domyślnie realizowane było jedynie przetwarzanie, które jest ściśle niezbędne do osiągnięcia ustalonego, zgodnego z prawem celu.
- **Rozliczalność** – duże platformy internetowe są odpowiedzialne za przestrzeganie przepisów RODO, w tym wyżej wymienionych zasad, i muszą być w stanie wykazać zgodność z tymi przepisami i zasadami.

W imieniu Europejskiej Rady Ochrony Danych

Przewodnicząca

(Anu Talus)