Dr hab. Paweł Fajgielski

Lublin, dnia 14 stycznia 2022 r.

Recenzja
rozprawy doktorskiej mgr Małgorzaty Olszewskiej
pt. „Automatyczne gromadzenie danych o użytkownikach Internetu.
Cookies w administracji rządowej."
Warszawa 2021, stron 252

I. Temat rozprawy doktorskiej mgr Małgorzaty Olszewskiej jest ciekawy, aktualny, posiada zarówno istotny walor teoretyczny, jak również doniosłe znaczenie praktyczne. Problematyka przechowywania informacji na urządzeniu końcowym użytkownika i uzyskiwania do nich dostępu jest przedmiotem kilku regulacji prawnych, jednak przyjęte rozwiązania budzą wiele wątpliwości, prowadzone są również prace nad nową regulacją prawną w tym zakresie, dlatego podejmowanie badań naukowych nad tą problematyką należy uznać za uzasadnione i potrzebne. Również względy praktyczne przemawiają pozytywnie za trafnością doboru tematu rozprawy. Użytkownicy przeglądający strony internetowe stale stykają się z informacjami dotyczącymi *cookies,* jednak większość osób nie zadaje sobie trudu zmiany domyślnych ustawień przeglądarki, lekceważy informacje odnoszące się do gromadzenia ich danych, traktując tego rodzaju komunikaty za zbędne i uciążliwe (przeszkadzające w swobodnym poruszaniu się po stronach internetowych), nie zdając sobie często sprawy z konsekwencji swoich działań. Można uznać, że taki stan faktyczny potwierdza tezę, iż przyjęta przez prawodawcę konstrukcja dotycząca *cookies* nie jest optymalna i nie przyczynia się do zapewnienia skutecznej ochrony użytkowników, dlatego warto podejmować wysiłki badawcze nad poszukiwaniem lepszych rozwiązań prawnych w tym obszarze.

Tematyka *cookies* jest podejmowana w literaturze prawniczej stosunkowo rzadko, głównie w komentarzach do prawa telekomunikacyjnego i kilku artykułach naukowych, można stwierdzić, że recenzowana rozprawa stanowi pierwsze w polskim piśmiennictwie prawniczym monograficzne opracowanie dotyczące omawianej problematyki

Sformułowanie tytułu rozprawy może budzić pewne wątpliwości. Wskazane w drugim zdaniu tytułu zagadnienia odnoszące się do *cookies* w administracji rządowej zostały omówione zaledwie w jednym z sześciu rozdziałów pracy, a zatem stanowią niewielki jej fragment, podczas gdy tytuł sugeruje, że zagadnieniom tym poświęcona zostanie znaczna część rozprawy. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłaby rezygnacja z eksponowania tego zagadnienia w tytule, bądź rozbudowanie tych zagadnień. Bez wątpienia jednak analizy odnoszące się do problematyki *cookies* w administracji rządowej stanowią istotną i wartościową część rozprawy, ukazującą praktyczny wymiar analizowanych zagadnień w wybranym obszarze.

II. Układ rozprawy jest prawidłowy, logicznie spójny i przejrzysty. Konstrukcja pracy jest przemyślana i nie budzi zastrzeżeń.

Praca składa się z *Wstępu,* sześciu rozdziałów merytorycznych oraz części zatytułowanej *Podsumowanie i wnioski.* Na uznanie zasługuje fakt, iż każdy z rozdziałów kończy *Podsumowanie,* w którym zebrane zostały cząstkowe wnioski wynikające z analiz przeprowadzonych w danym rozdziale.

Praca stanowi kompleksowe ujęcie omawianej tematyki. Autorka przedstawiła kolejno analizy odnoszące się do zagadnień ogólnych – wprowadzających do zasadniczej problematyki oraz ukazujących pojęcie i rodzaje plików *cookies*, następnie omówiła ewolucję regulacji automatycznego gromadzenia danych o użytkownikach Internetu, by móc w dalszej części przedstawić analizy szczegółowe dotyczące aktualnych przepisów, perspektywy zmian, analizy prawno-porównawcze oraz praktyczny wymiar stosowania tych przepisów przez wybrane instytucje publiczne.

W rozprawie doktorantka prawidłowo dobrała metody badawcze, posłużyła się metodą dogmatyczną - jako metodą wiodącą, pomocniczo wykorzystała także metody: historyczną i porównawczą. Na pozytywną ocenę zasługuje również wykorzystanie materiałów źródłowych, w tym: krajowej i zagranicznej literatury przedmiotu (135 pozycji bibliograficznych), aktów normatywnych (19 aktów), orzecznictwa (16 orzeczeń), dokumentów i opinii (42), a także stron internetowych (106).

Język używany w pracy jest z reguły precyzyjny i jasny, a cała praca – co do zasady – prawidłowo przygotowana pod kątem edytorskim. Doktorantka

wykazała się rozległą wiedzą z zakresu omawianej problematyki, a przy tym umiejętnością przedstawienia skomplikowanych zagadnień technicznych w sposób zrozumiały i czytelny.

III. Strona merytoryczna rozprawy również zasługuje na wysoką ocenę. Doktorantka we *Wstępie* wskazała, że „W rozprawie podjęto próbę weryfikacji, czy są wystarczające, jasne i właściwie stosowane obowiązujące przepisy prawne odnoszące się do automatycznego gromadzenia danych o użytkownikach Internetu w działalności organów administracji rządowej" (s. 7). Choć takie sformułowanie budzi pewne wątpliwości, z uwagi na tożsamość z głównym celem badawczym rozprawy (s. 4), to jednak można uznać, że stanowi ono wskazanie głównej hipotezy badawczej, co znalazło potwierdzenie w części *Podsumowanie i wnioski,* gdzie doktorantka stwierdziła, iż teza ta została zweryfikowana pozytywnie (s. 232). We *Wstępie* (s. 7-8) wskazanych zostało także 6 hipotez szczegółowych, których weryfikację przeprowadzono w poszczególnych rozdziałach rozprawy.

W rozdziale pierwszym doktorantka przedstawiła analizy dotyczące pojęcia „plik cookie", przepisów prawa, które odnoszą się do tego rodzaju plików oraz omówiła rodzaje *cookies*. W dalszej części rozdziału omówione zostały sposoby zastosowania *cookies* oraz zagrożenia dla użytkowników, jakie wiążą się z wykorzystaniem tego rodzaju plików. Z perspektywy ochrony danych osobowych szczególnie interesujące są rozważania odnoszące się do kwalifikacji *cookies* jako danych osobowych. Rozdział zawiera wartościowe analizy, poparte licznymi odniesieniami do materiałów źródłowych. Przy omawianiu zagadnień ogólnych doktorantka nie ustrzegła się jednak drobnych potknięć (np. utożsamiła organ z urzędem pisząc „Brytyjski organ regulacyjny, Biuro Komisarza ds. Informacji" s. 12). Jako kontrowersyjne ocenić należy uznanie, że organy krajowe właściwe w sprawach ochrony danych (składające się na Europejską Radę Ochrony Danych) to „organy regulacyjne" (s. 13) – należy je uznać za organy nadzorcze i odróżnić od organów regulacyjnych, których status i zadania są odmienne. Na s. 13 brak treści przypisu 32, choć można się domyślać, że w przypisie tym powinno znaleźć się odesłanie do źródła wskazanego w przypisie poprzednim. Wątpliwości budzić może również używanie sformułowania „instalowanie plików cookies", ponieważ wydaje się, że określenia „instalowanie" należałoby

używać w odniesieniu do oprogramowania, natomiast w przypadku *cookies* prawidłowe są sformułowania: zapisywanie, umieszczanie, przechowywanie, uzyskiwanie dostępu itp. Można również polemizować z uznaniem bazy EUR-Lex za narzędzie „Big data" (s. 20). Zawarte w tym rozdziale rozważania pozwoliły na potwierdzenie prezentowanej przez doktorantkę hipotezy, że określenie „plik cookie" jest niejednoznaczne i potrzebne jest przyjęcie definicji prawnej tego pojęcia.

W rozdziale drugim przedstawiona została geneza i ewolucja prawnych regulacji odnoszących się do automatycznego gromadzenia danych o użytkownikach Internetu w plikach *cookies*. Zawarta w początkowej części tego rozdziału informacja jakoby „Internet powstał w latach 80. XX wieku na potrzeby CERN czyli Europejskiej Organizacji Badań Jądrowych w Szwajcarii, jako jego wewnętrzna sieć." (s. 51) odbiega od powszechnie uznawanej wersji genezy globalnej sieci komputerowej, którą zwykle wiąże się ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki Północnej i datuje na okres znacznie wcześniejszy (lata sześćdziesiąte XX stulecia). Wątpliwości w tym zakresie można byłoby łatwo rozstrzygnąć odsyłając do źródła, jednak takiego odesłania w tekście brak. Podzielając zastrzeżenia doktorantki odnoszące się do nieprecyzyjnego z perspektywy informatycznej utożsamiania pojęcia „dane" z pojęciem „informacje" (zwłaszcza w języku prawnym i prawniczym), należy jednak zwrócić uwagę na to, że określenia „informacja" i „wiadomość" można uznać za równoważne, czego zdaje się doktorantka nie dostrzegać (s. 53). W rozdziale drugim doktorantka omawia m.in. międzynarodowe akty normatywne określające europejskie standardy ochrony prywatności i ochrony danych osobowych, sięgając do bogatego dorobku piśmiennictwa prawniczego. Za szczególnie wartościowy z tej części rozprawy można uznać pogląd, w świetle którego „postrzeganie skutecznej ochrony danych osobowych użytkownika Internetu nabiera zatem wymiaru dalece wykraczającego poza klasyczny zakres danych osobowych, ewoluując w kierunku ochrony tożsamości osoby, której te dane dotyczą w powiązaniu z ochroną autonomii informacyjnej" (s. 64). Wspominając o zasadach ogólnych przetwarzania danych (s. 72), doktorantka nie wskazała jednej z kluczowych zasad – zasady legalności przetwarzania danych, natomiast omawiając przesłanki uchylające zakaz przetwarzania danych wrażliwych (s. 73) ograniczyła się jedynie do dwóch, pomijając pozostałe.

Przedmiotem analiz przedstawionych w rozdziale trzecim są aktualnie obowiązujące regulacje prawne odnoszące się do plików *cookies*. W początkowej części tego rozdziału omówione zostały przepisy dyrektywy 2002/58/WE. Analizując zagadnienia związane z ochroną danych osobowych doktorantka zaprezentowała pogląd kwestionujący możliwość wyrażenia świadomej, skutecznej i wyraźnej zgody za pośrednictwem ustawień przeglądarki (s. 104), przedstawiając argumenty przemawiające za przyjęciem takiego wniosku. Tytuł punktu 3.2. „Europejski kodeks łączności elektronicznej" (s. 107) może budzić zastrzeżenia, ponieważ rozważania na temat aktu wskazanego w tytule zajmują niewielką część tego punktu (s. 114-115 – ok. 1 z 9 stron). W dalszej części tego rozdziału omówione zostały przepisy, które stanowią implementację dyrektywy 2002/58 do przepisów krajowych – prawa telekomunikacyjnego i ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Odnosząc się do zgody na przetwarzanie danych osobowych (s. 118), doktorantka przywołała wymóg wynikający z nieobowiązujących już przepisów u.o.d.o.1997, zgodnie z którym „zgoda nie może być domniemana lub dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści", nie zwróciła jednak uwagi na to, że obecnie obowiązujące przepisy rozporządzenia 2016/679 nie zawierają tego rodzaju zakazu, formułują łagodniejsze wymagania w tym zakresie, dopuszczając wyrażenie zgody przez „oświadczenie lub wyraźne działanie potwierdzające". Należy zgodzić się z krytyczną oceną implementacji przepisów unijnej dyrektywy w dwóch aktach normatywnych, skutkującą negatywnymi konsekwencjami. W tym rozdziale zawarte zostały także interesujące analizy dotyczące opinii Grupy Roboczej Art. 29, w tym zwłaszcza zagadnień związanych z tworzeniem profili użytkowników. W dalszej części rozdziału omówione zostały zagadnienia związane z plikami *cookies* w świetle regulacji ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych. Podsumowując rozważania zawarte w tym rozdziale doktorantka stwierdziła m.in., że „Zasadnym jest stworzenie mechanizmu, który pozwoli użytkownikowi na podjęcie świadomej zgody czy i w jakim zakresie chciałby udzielić dostępu do swojego urządzenia", nie sprecyzowała jednak jak tego rodzaju mechanizm miałby wyglądać. Dopiero w *Podsumowaniu i wnioskach* zaprezentowany został pogląd, zgodnie z którym przy wykorzystaniu zgody przez ustawienia przeglądarki „użytkownik powinien móc potwierdzić, że konfiguracja jest zgodna z jego wolą i świadomie wyraża zgodę na instalowanie plików cookies".

Rozdział czwarty rozprawy został poświęcony perspektywom zmian przepisów odnoszących się do *cookies*. W rozdziale tym zawarte zostały m.in. analizy odnoszące się do projektu unijnego rozporządzenia dotyczącego prywatności i łączności elektronicznej. Została tam również przedstawiona krótka interpretacja art. 11 rozporządzenia 2016/679 (s. 155-156), choć wydaje się, że zagadnieniom tym można byłoby poświęcić nieco więcej uwagi w rozprawie. W dalszej części tego rozdziału omówione zostały projektowane zmiany w prawie polskim – kwestie odnoszące się do *cookies* w projekcie ustawy Prawo komunikacji elektronicznej.

W kolejnym – piątym rozdziale rozprawy zaprezentowane zostały analizy prawnoporównawcze odnoszące się do rozwiązań niemieckich i francuskich z odniesieniem do polskich regulacji prawnych. Na tym tle doktorantka przedstawiła krytyczną ocenę możliwości pogodzenia konstrukcji wyrażenia zgody za pomocą ustawień oprogramowania zainstalowanego na urządzeniu końcowym z wymogami wynikającymi z ogólnego rozporządzenia o ochronie danych, w szczególności odnoszącymi się do tego, by zgoda była konkretna, dobrowolna, świadoma i jednoznaczna. Powołując się na opinię Europejskiej Rady Ochrony Danych oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE zaprezentowała wniosek o sprzeczności polskich rozwiązań prawnych z treścią art. 7 rozporządzenia 2016/679 (m.in. na s. 167, *passim*). Jednak o ile *de lege ferenda* taka ocena może być podstawą formułowania postulatu dokonania zmiany przepisów (co czyni doktorantka m.in. na s. 179), to jednak *de lege lata* należałoby zastanowić się nad relacją między przepisem art. 173 ust. 2 pr.tel. i przepisami rozporządzenia 2016/679 odnoszącymi się do zgody (nie tylko wskazanym przez doktorantkę art. 7, ale przede wszystkim art. 4 pkt. 11 rozporządzenia 2016/679, w którym w definicji pojęcia zgody wyrażone zostały kluczowe wymogi w tym zakresie). Można również zadać pytanie, w jaki inny sposób, niż poprzez ustawienia oprogramowania, miałaby być realizowana koncepcja „centralizacji zgody w oprogramowaniu" prezentowana w projekcie rozporządzenia *e-privacy*.

Na uznanie zasługują zawarte w tym rozdziale rozważania dotyczące niemieckich rozwiązań prawnych odnoszących się do *cookies*, w tym prawa do sprzeciwu oraz analizy orzecznictwa TSUE. Omawiając rozwiązania francuskie doktorantka wskazała na dopuszczalność wyrażenia zgody poprzez ustawienia

przeglądarki internetowej, jednak pod warunkiem, że użytkownik miał możliwość wyboru ustawień przeglądarki oraz został uprzednio poinformowany o celu wykorzystywania plików cookie odpowiednio przed tym działaniem, jednocześnie zastrzegając, że ówczesne przeglądarki zezwalały na kontrolę w ograniczonym zakresie, co skutkowało brakiem możliwości uznania takiej zgody za skuteczną m.in. w odniesieniu do plików *cookie* typu *flash* (s. 182). Na tle rozwiązań francuskich doktorantka zaprezentowała pogląd, iż nadzór nad przestrzeganiem wymogów dotyczących *cookies* określonych zarówno w przepisach krajowych stanowiących implementację przepisów unijnych odnoszących się do komunikacji elektronicznej, jak i w przepisach o ochronie danych osobowych powinien zostać powierzony jednemu organowi (s. 188 i n.).

Ostatni – szósty rozdział rozprawy poświęcony został stosowaniu plików *cookies* przez instytucje publiczne. W tym rozdziale zawarte zostały analizy odnoszące się do dokumentów zatytułowanych „polityka prywatności" wybranych instytucji publicznych, zawierających informacje o stosowaniu plików *cookies*. Doktorantka słusznie zwróciła uwagę na kontrowersje związane z umieszczaniem na stronach instytucji publicznych plików *cookies* podmiotów prywatnych w tym w szczególności firmy Google oraz wskazanie wśród celów wykorzystywania tego rodzaju plików celów reklamowych. Zawarte w dalszej części tego rozdziału analizy dotyczą sposobu spełnienia obowiązku informacyjnego. Wydaje się, że tytuły punktów w tym rozdziale (6.1. i 6.2.) mogłyby zostać sformułowane w nieco krótszej postaci, a pełna ich treść wyjaśniona na początku każdego z nich. Zawarte w tej części rozprawy analizy pozwoliły na ukazanie praktycznego wymiaru omawianych w rozprawie zagadnień. Ostatnią część rozdziału szóstego stanowią rozważania odnoszące się do wytycznych Europejskiego Inspektora Ochrony Danych, sformułowanych w stosunku do instytucji unijnych w wyniku przeprowadzonej w tym zakresie kontroli. Za dyskusyjny uznać można zawarty w podsumowaniu postulat poszerzenia kompetencji EIOD w odniesieniu do wydawanych przez ten organ wytycznych (s. 223).

Ostatnią merytoryczną częścią recenzowanej rozprawy jest część zatytułowana *Podsumowanie i wnioski*, w której – zgodnie z tytułem – zaprezentowane zostały zasadnicze konkluzje płynące z przeprowadzonych analiz. Wyniki badań ukazują zarówno teoretyczną konstrukcję i prawną

regulację – w tym również projektowane przepisy, jak też praktyczny wymiar stosowania przepisów dotyczących *cookies* w administracji publicznej oraz stanowią podstawę formułowania przez doktorantkę interesujących wniosków, które dowodzą umiejętności logicznego myślenia, krytycznego podejścia, i samodzielności badawczej.

Warto podkreślić, iż doktorantka w swoich badaniach koncentruje się na kwestiach istotnych, nie unika zagadnień trudnych, celnie wskazując ich istotę, a zarazem przedstawiając pogłębione interpretacje opierające się na rozległej wiedzy teoretycznej oraz konfrontując je z dorobkiem doktryny i orzecznictwa. Omawiając poszczególne zagadnienia doktorantka nie ogranicza się jedynie do przedstawienia analizy przepisów, ale sięga również do literatury przedmiotu oraz orzecznictwa.

Prezentowane w rozprawie ujęcie omawianej problematyki nie tylko ułatwia czytelnikowi zapoznanie się z tą skomplikowaną materią prawną, przedstawioną w sposób klarowny i usystematyzowany, ale także dowodzi rozległej wiedzy doktorantki i dużej sprawności poruszania się w tym obszarze.

Badając zróżnicowane konstrukcje prawne, doktorantka przedstawia wnikliwe analizy, dokonując interpretacji przepisów podaje zazwyczaj przekonujące argumenty na poparcie prezentowanych poglądów, nie ogranicza się przy tym wyłącznie do opisu, ale formułuje także wnioski, w tym również postulaty *de lege ferenda*. Wprawdzie nie ze wszystkimi poglądami można się zgodzić, pojawiają się wśród nich niekiedy także poglądy dyskusyjne lub kontrowersyjne, niemniej są one przejawem dużej samodzielności doktorantki, a przy tym prezentowane są z reguły w sposób wyważony i rzeczowy.

IV. W ocenianej pracy doktorskiej, podobnie jak w innych tego rodzaju opracowaniach o charakterze naukowym, dostrzec można także słabsze strony lub elementy mogące budzić wątpliwości czy zastrzeżenia.

Oprócz drobnych uchybień wskazanych przy omówieniu zawartości poszczególnych rozdziałów, w recenzowanej rozprawie zauważyć można jeszcze inne niedostatki. *Wykaz skrótów* został zamieszczony za wstępem (s. 9-10), a nie – jak być powinno - przed tą częścią rozprawy. Ponadto skróty zamieszczone w wykazie nie zostały ułożone alfabetycznie, brakuje również wyjaśnienia niektórych skrótów wykorzystywanych w rozprawie (m.in. BDSG, DSK, OTT,

TMG itp.), choć ostatni z niedostatków łagodzi fakt wyjaśnienia wybranych skrótów w treści rozprawy. Zastrzeżenia budzi również sformułowanie wielokrotnie w pracy wykorzystywanego skrótu: „Grupa Robocza ds. Artykułu 29", gdyż jest to Grupa Robocza ds. ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych, a artykuł 29 Dyrektywy 95/46 stanowił jedynie podstawę prawną jej stworzenia i funkcjonowania, dlatego należy przyjąć, że prawidłowy skrót to: „Grupa Robocza Art. 29". W oznaczeniu projektów aktów normatywnych należałoby również podkreślić charakter tych dokumentów, gdyż użycie skrótów sugerujących, że chodzi o akt normatywny może wprowadzać w błąd (np. skrót „PKE" odnoszący się do projektu ustawy Prawo komunikacji elektronicznej powinien zostać zmieniony na „projekt PKE", podobnie jak skrót „rozporządzenie o e-prywatności" powinien być oznaczony jako „projekt rozporządzenia o e-prywatności").

Choć praca jest zasadniczo prawidłowo przygotowana pod kątem edycyjnym, to niekiedy zdarzają się niewielkie błędy językowe np. literówki, niewłaściwe końcówki, czy drobne pomyłki (np. na s. 34 doktorantka wspomniała o „telefonach komputerowych", na s. 65 zamiast „Konwencji" jest „Komisji" itp.). Za nieprawidłowe uznać należy kilkukrotne użycie sformułowania „dane osobowe" w liczbie pojedynczej (s. 84, 113, 171). W niektórych przypisach brak wskazania numerów stron cytowanych źródeł (o ile taki brak jest zrozumiały w przypadku niektórych publikacji elektronicznych, gdzie często podział na strony nie występuje, o tyle w odniesieniu do publikacji papierowych namiary publikacyjne powinny być w miarę możliwości dokładne i precyzyjne). Część przypisów zakończona jest znakiem średnika zamiast kropki. Odesłania do stron internetowych nie powinny ograniczać się jedynie do adresów (hiperłączy), ale – o ile to możliwe – powinny zawierać również wskazanie tytułów tych stron. W niektórych tytułach znajdują się zbędne końcowe kropki.

Do drobnych mankamentów zaliczyć można także wskazanie w wykazie cytowanych publikacji projektu rozporządzenia w kategorii aktów prawnych (s. 233), a następnie powtórzenie tej pozycji w części *Dokumenty. Opinie* (s. 247).

Wskazane w recenzji uchybienia nie mają jednak charakteru zasadniczego i nie wywierają istotnego wpływu na wysoką ocenę merytoryczną rozprawy.

V. Podsumowując wyrażam opinię, że recenzowana rozprawa doktorska mgr Małgorzaty Olszewskiej pt. „Automatyczne gromadzenie danych o użytkownikach Internetu. Cookies w administracji rządowej." spełnia wymogi określone w art. 187 ust. 1 i 2 ustawy z 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 478 ze zm.). Mając na uwadze przedstawione powyżej szczegółowe oceny stwierdzam, że doktorantka zaprezentowała oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, wykazując się przy tym ogólną wiedzą teoretyczną z zakresu nauk prawnych oraz umiejętnością samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.

W związku z tym wnoszę o dopuszczenie mgr Małgorzaty Olszewskiej do dalszych etapów przewodu doktorskiego.

Paweł Fajgielski