

О баннерах файлов cookie в Европейском Союзе

Европейский совет по защите данных (European Data Protection Board, EDPB) принял проект отчета о работе, проделанной Целевой группой по баннерам файлов cookie¹.

Данная рабочая группа была создана в сентябре 2021 года в связи с жалобами на баннеры cookie, поданными в различные европейские органы по защите данных некоммерческой организацией NOYB-European Center for Digital Rights (None of Your Business – Европейский центр по цифровым правам)².

Отмечается, что европейские регуляторы пришли к общему знаменателю в своей интерпретации применимых положений Директивы о конфиденциальности и электронных коммуникациях (Директива ePrivacy)³ и Общего регламента по защите данных (GDPR)⁴.

1. Кнопки отказа от файлов cookie

Согласно докладу, большинство баннеров файлов cookie содержат кнопку принятия cookie, кнопку настройки дополнительных параметров, но не содержат кнопки отказа от файлов cookie. Участники целевой группы отметили, что никакие файлы cookie, требующие согласия, не могут быть установлены по умолчанию, согласие должно быть выражено положительным действием со стороны пользователя.

Баннер, не предусматривающий альтернативы принятию файлов cookie (вариант отказа/отклонения/несогласия с файлами cookie), является нарушением Директивы ePrivacy.

2. Поля с предварительной отметкой

¹ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/report-work-undertaken-cookie-banner-taskforce_en.

² https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-establishes-cookie-banner-taskforce_en.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002L0058>.

⁴ <https://gdpr.eu/tag/gdpr/>.

В ходе исследования было установлено, что некоторые сайты предоставляют пользователям баннеры с предварительно отмеченными категориями файлов cookie, которые контроллер хочет сохранить.

Авторы доклада считают, что наличие предварительно отмеченных флажками полей для согласия с различными файлами cookie не приводит к действительному согласию по смыслу норм GDPR.

На общеевропейском уровне данная позиция уже была высказана ранее **Европейским судом** (European Court of Justice) в постановлении от 1 октября 2019 года⁵. Тогда судебный орган запретил владельцам веб-сайтов предоставлять пользователям «предварительно настроенные» варианты согласия на использование файлов cookie и обязал их получать явно выраженное согласие.

3. Обманчивый «дизайн ссылок»

Докладом установлено, что баннер должен содержать четкое указание на то, о чем он, о цели запрашиваемого в нем согласия и о том, как дать такое согласие.

Владелец веб-сайта должен разрабатывать баннеры файлов cookie таким образом, чтобы у пользователей не создавалось впечатление, что в баннере они дают согласие на доступ к содержимому сайта, а также чтобы явно не подталкивать пользователя к даче согласия.

Кроме того, участниками рабочей группы прямо установлено, что следующие случаи не олицетворяют собой согласие на сбор файлов cookie:

- единственное альтернативное согласию действие состоит из кнопки «отказаться» или «продолжить без принятия», встроенной в абзац текста в баннере cookie без достаточной визуальной поддержки, способной привлечь внимание среднего пользователя;
- единственное альтернативное согласию действие состоит из кнопки «отказаться» или «продолжить без принятия», размещенной за

⁵ <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125en.pdf>.

пределами баннера и без достаточной визуальной поддержки, способной привлечь внимание среднего пользователя.

4. Обманчивые цвета кнопок и контрастность кнопок

В докладе определяются также требования о надлежащем соотношении контрастности между кнопкой принятия файлов cookie и фоном. Кнопка «принять все файлы cookie» не должна резко выделяться над остальными доступными опциями.

Однако авторами доклада справедливо отмечается, что владельцам сайтов не может быть навязан некий общий стандарт цвета и/или контрастности баннеров. Кроме того, для оценки каждого баннера, необходимо проводить индивидуальную проверку в каждом конкретном случае, чтобы убедиться, что используемые контрастность и цвета не вводят пользователей в явное заблуждение. При этом, были выявлены некоторые общие случаи, явно противоречащие положениям Директивы ePrivacy. В частности, следующая практика может вводить пользователей в заблуждение:

- альтернативное согласию действие предлагается в виде кнопки, где контраст между текстом и фоном кнопки настолько минимален, что текст не читается практически любым пользователем.

5. Опора на законный интерес и дальнейшая обработка

Размещение баннера, который подчеркивает возможность принятия файлов cookie, но не включает возможности отказа, может привести к тому, что среднестатистический пользователь будет полагать, что он вообще не имеет возможности возражать против сбора и последующей обработки файлов cookie.

Кроме того, необходимо различать отказ от операций по чтению/записи файлов cookie от потенциального возражения против их дальнейшей обработки. В данном случае доклад делает акцент на различиях в

регулировании – хранение/получение доступа к информации с помощью файлов cookie или аналогичных технологий осуществляется в соответствии со статьей 5(3) директивы ePrivacy (и национальными правилами), а любая последующая обработка персональных данных осуществляется в соответствии с положениями GDPR.

В связи с этим участники рабочей группы пришли к выводу, что несоблюдение ст. 5 (3) директивы ePrivacy (в частности, когда действительное согласие не получено там, где оно требуется по закону), означает, что последующая обработка не может соответствовать нормам GDPR.

6. Неточная классификация основных файлов cookie

В докладе установлено, что некоторые владельцы сайтов классифицируют файлы cookie как «обязательные» или «строго необходимые», при этом, обработка персональных данных, собираемых с помощью файлов cookie, не служат «строго необходимым» целям в значении Статьи 5(3) Директивы ePrivacy или «строго необходимому» или «существенному» в соответствии с GDPR.

Однако, однозначную оценку категориям файлов cookie – являются ли они обязательными или дополнительными – дать сложно, в частности, из-за того, что данные характеристики регулярно меняются и невозможно составить стабильный и надежный список обязательных файлов cookie.

В докладе упомянуто, что существуют специальные пользовательские инструменты, которые можно использовать для создания отчета обо всех собранных файлах cookie. Несмотря на то, что данные инструменты не позволяют проверить характер файлов cookie, а только дают возможность перечислить их, они, тем не менее, могут быть дополнительным подспорьем для компетентных органов в получении информации от владельцев сайтов об использовании файлов cookie.

Аналогичная позиция содержится в Руководстве по использованию файлов cookie **Итальянского управления по защите данных (Garante)**⁶. В итальянском документе проводится различие между «техническими» файлами cookie, используемыми исключительно для обеспечения функционирования веб-сайта, и «нетехническими» файлами cookie, используемыми для таких целей, как персонализация услуг или показ таргетированной рекламы. Без согласия пользователя могут использоваться только технические файлы cookie (и анонимизированные аналитические файлы cookie), во всех остальных случаях должно быть получено согласие. Кроме того, итальянский регулятор запрещает так называемые «барьеры куки» (cookie walls), которые заставляют пользователей выражать согласие на использование файлов cookie под угрозой ограничения доступа к сайту.

7. Иконки отзыва

Владельцы веб-сайтов должны внедрить легкодоступные инструменты, позволяющие пользователям в любое время отозвать свое согласие на сбор файлов cookie. Такими инструментами могут быть: небольшой постоянно отображаемый значок или ссылка, размещенная на видном месте.

В дополнение к требованиям о действительности согласия в соответствии с нормами GDPR и статьей 5(3) Директивы ePrivacy, обязательными являются и три кумулятивных условия:

- (i) возможность отозвать согласие;
- (ii) возможность отозвать его в любое время;
- (iii) отзыв согласия должен быть таким же простым, как и его предоставление.

Таким образом, проведенное исследование уделяет основное внимание надлежащему дизайну баннеров, который должен соответствовать

⁶ <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876>.

требованиям законодательства (GDPR и Директиве ePrivacy). Так, баннер должен соответствовать следующим критериям:

- содержать кнопку отказа от необязательных файлов cookie;
- не устанавливать выбор по умолчанию;
- не содержать цветовую гамму, которая может ввести пользователя в заблуждение относительно файлов cookie или повлиять на его выбор;
- не усложнять отказ и(или) изменение настроек выбора файлов cookie.

Следовательно, манипуляции с баннерами файлов cookie могут выступать в качестве **темных паттернов** – «особых методов проектирования, которые обманом или манипуляцией заставляют пользователей делать выбор, который они иначе не сделали бы и который может причинить вред»⁷.

В 2021 году Национальная комиссия по защите данных **Люксембурга** опубликовала обновленные рекомендации по использованию файлов cookie⁸. Согласно документу, к темным паттернам в контексте получения согласия пользователя относятся различные формы, шрифты, цвета и размеры кнопок «я принимаю» и «я отказываюсь».

В законодательстве России нормативная дефиниция и правовой режим файлов cookie или темных паттернов не определены, поэтому к дизайну баннеров не применяются специальные нормативные требования.

В случае, если пользовательские данные, собираемые с помощью файлов cookie, являются персональными данными, то к ним применяются меры законодательства о персональных данных⁹. На общеевропейском уровне нормы GDPR прямо относят файлы cookie (за исключением строго необходимых для работы сайта) к персональным данным.

⁷ Подробнее о регулировании темных паттернов на уровне ЕС: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf.

⁸ <https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/fr/dossiers-thematiques/cookies/CNPD-LD-Cookies.pdf>.

⁹ Позиция Арбитражного суда города Москвы в отношении сбора персональных данных с помощью файлов cookie: <https://sudact.ru/arbitral/doc/wMwCGORTQkH4/>.

Представленный опыт может быть использован в российском экспертном сообществе. Например, выработка соответствующих инструментов мягкого права позволит присоединившимся сторонам предотвратить возможные риски использования баннеров файлов cookie.