

CAUZA C-61/19, ORANGE ROMÂNIA C. ANSPDCP. O JUDECARE INJUSTĂ SAU O EXPUNERE GREȘITĂ A SITUAȚIEI?



Mirela-Niculina Morar¹⁾

Rezumat: Cauza Orange România S.A. c. ANSPDCP (Cauza C-61/2019²⁾) a readus în discuție modalitatea exprimării consimțământului de către persoanele vizate, astfel încât acesta să fie unul valabil sub regimul prelucrării datelor cu caracter personal. În prezentul articol, vom încerca să demonstrăm că nu consimțământul, ca temei legal, era cel care stătea la baza prelucrării copiilor actelor de identitate, în fapt, ci alte temeiuri legale.

Summary: The case of Orange Romania S.A. c. The ANSPDCP (Case C-61/2019) brought back into question the manner in which the consent of the data subjects is expressed, thus it is either one valid under the regime of personal details processing. In this article, we will try to prove that the consent, like the legal basis, was not the basis for the processing of copies of identity documents.

1. INTRODUCERE CU PRIVIRE LA ASPECTELE CAUZEI

Prin încheierea din 14 noiembrie 2018 pronunțată de Tribunalul București – Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 12278/3/2018³⁾, instanța a admis cererea formulată de Orange România S.A. privind sesizarea CJUE cu solicitarea de pronunțare a unei hotărâri preliminare cu privire la interpretarea art. 2 lit. h) din Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995, înaintând următoarele întrebări:

¹⁾ Mirela-Niculina Morar este avocat în cadrul Baroului Cluj, în prezent doctorand al Facultății de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai. Poate fi contactată la adresa de email mmorar@bejenaru.ro

²⁾ Cauza C-61/19, Orange Romania, hotărârea din 11 noiembrie 2020, ECLI:EU:C:2020:901, disponibilă online la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233544&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=13506351>, accesat în data de 15.11.2020.

³⁾ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=219794&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6889126>, accesat în data de 15.11.2020.

„1) În sensul articolului 2 litera (h) din Directiva 95/46, care sunt condițiile care trebuie să fie îndeplinite pentru a se putea considera că o manifestare de voință este una specifică și informată?

2) În sensul articolului 2 litera (h) din Directiva 95/46, care sunt condițiile care trebuie să fie îndeplinite pentru a se putea considera că o manifestare de voință este una liber exprimată?”

Litigiul s-a născut ca urmare a deciziei emise la data de 28 martie 2018 (anterior aplicabilității Regulamentului UE 2016/679⁴⁾ – „RGPD”) de către Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal („ANSPDCP”), prin care dispunea amendarea Orange România S.A., pentru că „stocarea și colectarea copiilor actelor de identitate ale clienților săi s-ar fi efectuat în lipsa consimțământului expres al acestora”, precum și distrugerea copiilor actelor de identitate atașate contractelor respective.

Conform situației de fapt reținute și în concluziile Avocatului General prezentate la 04.03.2020⁵⁾, dar care va fi supusă analizei instanței de trimitere, ca singură instanță ce poate face astfel de verificări și aprecieri ce au înrăurire directă asupra soluției de anulare sau menținere a procesului-verbal de constatare și sancționare emis de ANSPDCP:

„28. Atunci când o persoană care dorește să încheie un contract cu Orange România este consiliată de un reprezentant al acestei societăți cu privire la prevederile unui contract specific, acest reprezentant lucrează în mod normal pe calculator, cu un model de contract care conține o căsuță care poate fi bifată cu privire la păstrarea unui act de identitate. Clientul pare să fie informat că această căsuță nu este necesar să fie bifată. În cazul în care clientul nu este de acord cu fotocopierea și cu păstrarea actului de identitate, el trebuie să consemneze acest fapt pe contract și în formă olografă. Această din urmă cerință a unei mențiuni olografe pare să rezulte din procedura internă de vânzări a Orange România. În plus, clientul este informat numai verbal, nu și în scris, că are posibilitatea de a refuza”.

Urmând sugestia Avocatului General de a oferi un **răspuns fără echivoc** la întrebările mult prea general exprimate de către instanța de trimitere, CJUE a oferit următoarea interpretare asupra problemei puse în discuție:

„Articolul 2 litera (h) și articolul 7 litera (a) din Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, precum și articolul 4 punctul 11 și articolul 6 alineatul (1) litera (a) din Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor) trebuie interpretate în sensul că operatorului de date îi revine sarcina să demonstreze că persoana vizată și-a manifestat prin intermediul unui comportament activ consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal și că aceasta a obținut în prealabil o informare cu privire la toate circumstanțele aferente acestei prelucrări, într-o formă inteligibilă și ușor accesibilă, precum și utilizând un limbaj clar și simplu, care să îi permită să determine cu ușurință consecințele acestui consimțământ, astfel încât să se garanteze că acesta este dat în deplină cunoștință de cauză. Un contract privind furnizarea de servicii de telecomunicații care conține o clauză potrivit căreia persoana vizată a fost informată și și-a dat consimțământul pentru colectarea, precum și pentru stocarea unei copii a actului său de identitate, în scop de identificare, nu este de natură să demonstreze că această persoană și-a dat în mod valabil consimțământul, în sensul acestor dispoziții, pentru această colectare și pentru această stocare, – atunci când căsuța care se referă la această clauză a fost bifată de operatorul de date anterior semnării acestui contract sau

⁴⁾ Publicat în J. Of., seria L, nr. 119 din 4 mai 2016.

⁵⁾ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224083&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=275171>

– atunci când clauzele contractului menționat sunt de natură să inducă persoana vizată în eroare cu privire la posibilitatea de a încheia contractul în discuție în pofida refuzului de a-și da consimțământul pentru prelucrarea datelor sale sau

– atunci când libera alegere de a se opune acestei colectări și acestei stocări este afectată în mod nejustificat de acest operator prin cerința ca, pentru a refuza să își dea consimțământul, persoana vizată să completeze un formular suplimentar în care să fie menționat acest refuz”.

Chestiunile care au fost puse în discuție în cauza *Orange România S.A. c. ANSPDCP* (Cauza C-61/2019) au vizat modalitatea de acordare a consimțământului de către persoana vizată la momentul intrării într-un contract de servicii telecomunicații cu Orange România S.A. Astfel, sunt invocate art. 8 și art. 12-14 din Legea nr. 677/2001, în prezent abrogată.

Pentru a înțelege pe deplin această speță și pentru a demonstra faptul că întrebările preliminare formulate în speță nu au fost corect formulate raportat la speța în discuție, vom porni cu analiza de la Legea nr. 677/2001 și Directiva 95/45/CE.

2. LEGITIMITATEA PRELUCRĂRII DATELOR IMPLICĂ PRELUCRAREA DATELOR PE BAZA UNUI TEMEII LEGAL ÎN TEMEIUL VECHII REGLEMENTĂRI PRIVIND PROTECȚIA DATELOR

| Directiva 95/46/CE | Legea nr. 677/2001 |
|--|---|
| (a) persoana vizată și-a dat <i>consimțământul neechivoc</i> ; | (1) Orice prelucrare de date cu caracter personal, cu excepția prelucrărilor care vizează date din categoriile menționate la art. 7 alin. (1), art. 8 și 10, poate fi efectuată numai dacă persoana vizată și-a dat <i>consimțământul în mod expres și neechivoc pentru acea prelucrare</i> ; |
| (b) prelucrarea este necesară pentru <i>executarea unui contract</i> la care subiectul datelor este parte sau în vederea luării unor măsuri, la cererea acestuia, înainte de încheierea contractului; | a) când prelucrarea este necesară în vederea <i>executării unui contract sau antecontract la care persoana vizată este parte ori în vederea luării unor măsuri, la cererea acesteia, înaintea încheierii unui contract sau antecontract</i> ; |
| (d) prelucrarea este necesară în scopul <i>protejării interesului vital al persoanei vizate</i> ; | b) când prelucrarea este necesară în vederea <i>protejării vieții, integrității fizice sau sănătății persoanei vizate ori a unei alte persoane amenințate</i> ; |
| (c) prelucrarea este necesară în vederea îndeplinirii <i>unei obligații legale</i> care îi revine operatorului; | c) când prelucrarea este necesară în vederea îndeplinirii <i>unei obligații legale</i> a operatorului; |
| (e) prelucrarea este necesară pentru aducerea <i>la îndeplinire a unei sarcini de interes public</i> sau care rezultă din <i>exercitarea autorității publice</i> cu care este investit operatorul sau terțul căruia îi sunt comunicate datele; | d) când prelucrarea este necesară în vederea aducerii <i>la îndeplinire a unor măsuri de interes public sau care vizează exercitarea prerogativelor de autoritate publică</i> cu care este investit operatorul sau terțul căruia îi sunt dezvăluite datele; |
| (f) prelucrarea este necesară pentru <i>realizarea interesului legitim urmărit de operator</i> sau de către unul sau mai mulți terți, cu condiția ca acest interes să nu prejudicieze interesul sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate, care necesită protecție în temeiul articolului 1 alineatul (1). | e) când prelucrarea este necesară în vederea <i>realizării unui interes legitim al operatorului sau al terțului</i> căruia îi sunt dezvăluite datele, cu condiția ca acest interes să nu prejudicieze interesul sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate; |

| Directiva 95/46/CE | Legea nr. 677/2001 |
|--------------------|--|
| | f) când prelucrarea privește date obținute din documente accesibile publicului, conform legii; |
| | g) când prelucrarea este făcută exclusiv în scopuri statistice, de cercetare istorică sau științifică, iar datele rămân anonime pe toată durata prelucrării. |

Legat de prelucrarea unui număr de identificare sau oricărui identificator cu aplicabilitate generală, Directiva 95/46/CE prevedea, la art. 8 alin. (7), următoarele:

„Statele membre stabilesc condițiile în care poate fi prelucrat un număr de identificare sau orice alt identificator cu aplicabilitate generală care poate face obiectul prelucrării”.

România a stabilit această prelucrare într-o variantă inaplicabilă/lipsită de pragmatism prin finalitatea ei, prin art. 8 din Legea nr. 677/2001, prin care obliga operatorii să recurgă la tertipuri legislative pentru a justifica prelucrarea datelor personale având funcție de identificare:

*„(1) Prelucrarea codului numeric personal sau a altor date cu caracter personal având o funcție de identificare de aplicabilitate generală **poate fi efectuată numai dacă:***

- a) persoana vizată și-a dat în mod expres consimțământul; sau*
- b) prelucrarea este prevăzută în mod expres de o dispoziție legală.*

(2) Autoritatea de supraveghere poate stabili și alte cazuri în care se poate efectua prelucrarea datelor prevăzute la alin. (1), numai cu condiția instituirii unor garanții adecvate pentru respectarea drepturilor persoanelor vizate”.

Pentru a înțelege acest raționament, vom expune această prevedere și din perspectiva art. 4 al Legii nr. 190/2018⁶⁾, pentru a înțelege schimbarea de optică a legiuitorului român:

*„(1) Prelucrarea unui număr de identificare național, inclusiv prin colectarea sau dezvăluirea documentelor ce îl conțin, **se poate efectua în situațiile prevăzute de art. 6 alin. (1) din Regulamentul general privind protecția datelor.***

(2) Prelucrarea unui număr de identificare național, inclusiv prin colectarea sau dezvăluirea documentelor ce îl conțin, în scopul prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. f) din Regulamentul general privind protecția datelor, respectiv al realizării intereselor legitime urmărite de operator sau de o parte terță, se efectuează cu instituirea de către operator a următoarelor garanții: (...)”.

Astfel, Orange S.A., RCS&RDS⁷⁾ și alții asemenea, înainte de intrarea în vigoare a Regulamentului UE 2016/679, nu puteau încadra prelucrarea codului numeric personal sau a altor date cu caracter personal având o funcție de identificare de aplicabilitate generală în alte temeuri legale, doar pe bază de (a) consimțământ, (b) dispoziție legală sau (c) dacă Autoritatea stabilea alte situații (ceea ce nu s-a întâmplat, din știința autoarelor). Astfel, Orange România S.A. a încadrat preluarea și stocarea copiilor actelor de identitate pe bază de consimțământ al persoanei vizate, fiind singura variantă legală posibilă la acel moment.

⁶⁾ Publicată în M. Of. nr. 651 din 26 iulie 2018.

⁷⁾ <https://www.profit.ro/stiri/rcs-rds-pierde-definitiv-procesul-privind-amenda-pentru-prelucrarea-excesiva-de-date-cu-caracter-personal-fara-consimtamantul-persoanelor-vizate-19486051>

Pentru a înțelege raționamentul aprofundat, dorim să venim în completare și cu alte aspecte:

Dacă în art. 5 alin. (1) din Legea nr. 677/2001, „*Orice prelucrare de date cu caracter personal, cu excepția prelucrărilor care vizează date din categoriile menționate la art. 7 alin. (1), art. 8 și 10, poate fi efectuată numai dacă persoana vizată și-a dat consimțământul în mod expres și neechivoc pentru acea prelucrare*”, nu înseamnă că și în art. 5 alin. (2) este aceeași cerință. Dar, din dorința legiuitorului român de a inova prin reglementările adoptate în acest domeniu, acesta a îngăduit folosirea codului numeric personal sau a altor date cu caracter personal având o funcție de identificare de aplicabilitate generală și a creat o situație absurdă prin instituirea art. 8 din Legea nr. 677/2001 și a condițiilor limitative de folosire a acestor date de identificare de aplicabilitate generală.

Chiar dacă Uniunea Europeană a lăsat la latitudinea statelor membre modalitatea de prelucrare a acestor date, modul în care România a înțeles să o transpună și să stabilească această modalitate de prelucrare a excedat scopului Directivei 95/46/CE. Drept urmare, în noua lege națională, Legea nr. 190/2018 privind prelucrarea datelor cu caracter personal, legiuitorul a recalibrat această optică a prelucrării datelor de identificare, lăsând la latitudinea operatorului posibilitatea de a încadra această prelucrare în toate cele șase temeuri legale de prelucrare a datelor.

Grupul de lucru „Articolul 29” pentru protecția datelor⁸⁾, în Avizul 15/2011 privind definiția consimțământului, enunța:

„Directiva⁹⁾ prezintă în mod clar consimțământul ca un motiv pentru legalitate. Cu toate acestea, unele state membre îl consideră drept un temei preferențial, uneori apropiat de un principiu constituțional legat de statutul protecției datelor ca drept fundamental. Alte state membre pot vedea consimțământul ca unul dintre cele șase temeuri legale, nefiind mai important decât celelalte temeuri. Clarificarea relației dintre consimțământ și celelalte motive de legalitate – de exemplu, în legătură cu contractele, interesele vitale sau interesele legitime ale operatorului – va ajuta la evidențierea consimțământului în cazuri specifice”.

Ordinea în care sunt menționate temeurile legale în perspectiva art. 7 din Directiva 95/46/CE este relevantă, dar nu înseamnă că temeiul care privește consimțământul este întotdeauna cel mai potrivit temei pentru a legitima prelucrarea datelor personale, chiar dacă, în practică, tinde la a fi folosit cel mai frecvent. Art. 7 din Directiva 95/46/CE începe cu consimțământul și continuă să enumere celelalte temeuri, inclusiv contractele și obligațiile legale, trecând treptat la echilibrul de interese. Trebuie remarcat faptul că celelalte cinci temeuri care urmează consimțământului impun un test de „necesitate”, ceea ce limitează strict contextul în care se pot aplica. **Acest aspect nu trebuie să conducă la ideea că cerința de consimțământ lasă mai multă marjă de manevră decât celelalte motive din art. 7 din Directiva 95/46/CE.**

Astfel, în loc să se pună în discuție nelegalitatea acestei prevederi (art. 8 din Legea nr. 677/2001), litigiul a continuat pe acest aspect al stocării copiei actului de identitate pe baza consimțământului.

Din punctul nostru de vedere, analiza mai suportă unele discuții: doar stocarea copiei actului de identitate trebuia sancționată pentru că nu a fost făcută pe baza unui consimțământ liber exprimat? De ce nu se face deloc referire la prelucrarea acestor date și în contract? Sau prelucrarea datelor de identificare, potrivit Legii nr. 677/2001, era făcută pe baza altui temei legal, nu pe baza art. 8 din aceeași lege? Dar atunci de ce a fost invocat doar art. 8 în cererea de sesizare a CJUE?

Mergând mai departe cu raționamentul, această prelucrare a datelor de identificare trebuia să fie încadrată ca fiind o prelucrare în baza contractului, dar și în baza interesului legitim al operatorului [astfel cum e prevăzut acum și în art. 4 alin. (2) din Legea nr. 190/2018], care ar putea fi susținută și de o

⁸⁾ Avizul 15/2011 din 13 iulie 2011 al Grupului de lucru „Articolul 29” privind conceptul de consimțământ..

⁹⁾ Directiva 95/46/CE, publicată în J. Of., seria L, nr. 281 din 23 noiembrie 1995.

analiză a interesului legitim. Scopul colectării datelor de identificare, mai ales a CNP-ului, este pentru individualizarea acesteia, în primul rând. Adiacent, prelucrarea mai poate fi justificată și în situația unei acțiuni în instanță, când, potrivit prevederilor art. 194 lit. a) C.proc.civ., legislația prevede obligativitatea cuprinderii CNP-ului, „dacă părțile posedă ori li s-au atribuit aceste elemente de identificare potrivit legii, în măsura în care acestea sunt cunoscute de reclamant”.

Operatorul ar mai avea nevoie de o copie a actului de identitate în situația în care persoana vizată depune o cerere de rectificare sau de completare a datelor. Acestea sunt doar câteva dintre situațiile în care stocarea copiilor actelor de identitate ar fi relevantă și necesară pentru operator.

Ne simțim obligați să menționăm faptul că, dacă operatorii continuă să stocheze copii ale actelor de identitate pe baza interesului legitim, vor trebui să respecte și celelalte dispoziții prevăzute la alin. (2) din art. 4 al Legii nr. 190/2018:

„a) punerea în aplicare de măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru respectarea, în special, a principiului reducerii la minimum a datelor, precum și pentru asigurarea securității și confidențialității prelucrărilor de date cu caracter personal, conform dispozițiilor art. 32 din Regulamentul general privind protecția datelor;

b) numirea unui responsabil pentru protecția datelor, în conformitate cu prevederile art. 10 din prezenta lege;

c) stabilirea de termene de stocare în funcție de natura datelor și scopul prelucrării, precum și de termene specifice în care datele cu caracter personal trebuie șterse sau revizuite în vederea ștergerii;

d) instruirea periodică cu privire la obligațiile ce le revin a persoanelor care, sub directa autoritate a operatorului sau a persoanei împuternicite de operator, prelucrează date cu caracter personal”.

În ciuda digresiunii de la subiectul analizei noastre, am apreciat necesar să realizăm o prezentare introductivă a temei în discuție.

3. CONDIȚIILE NECESARE PENTRU UN CONSIMȚĂMÂNT VALID

Potrivit art. 2 lit. h) din Directiva 95/46/CE, „consimțământul persoanei vizate” înseamnă orice manifestare de voință liberă, specifică și informată prin care persoana vizată acceptă să fie prelucrate datele cu caracter personal care o privesc. Comparativ, în Regulamentul UE 2016/679, nu au fost aduse modificări semnificative acestei definiții. Potrivit art. 4 pct. 11 din regulamentul, „consimțământ” al persoanei vizate înseamnă orice manifestare de voință liberă, specifică, informată și **lipsită de ambiguitate** a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, **printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc**, ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate.

a. Manifestare de voință liberă

În cadrul CoE al Convenției 108 modernizate, consimțământul persoanei vizate trebuie să „reprezinte manifestarea liberă a unei alegeri voluntare”¹⁰. Existența consimțământului liber exprimat este valabilă numai „în cazul în care persoana vizată își poate exercita cu adevărat libertatea de alegere și nu există niciun risc de înșelăciune, intimidare, constrângere sau consecințe negative semnificative dacă nu își acordă

¹⁰ Raportul explicativ privind Convenția 108 modernizată, punctul 42, apud https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_ro.pdf, pp.157-158.

consimțământul”¹¹⁾. În acest sens, dreptul UE prevede că consimțământul nu este considerat liber dacă „persoana vizată nu dispune cu adevărat de libertatea de alegere sau nu este în măsură să refuze sau să își retragă consimțământul fără a fi prejudiciată”.

Raportul explicativ privind Convenția 108 modernizată prevede că „persoana vizată nu trebuie să fie supusă niciunei presiuni sau influențe nejustificate (care poate fi de natură economică sau de altă natură), directă sau indirectă, iar consimțământul nu trebuie considerat ca fiind acordat în mod liber în cazul în care persoana vizată nu are o libertate de alegere reală sau nu poate să refuze sau să își retragă consimțământul fără a fi prejudiciată”¹²⁾.

Cum putem considera că o persoană care semnează un contract de adeziune, cum e în cazul operatorilor de comunicații, va putea acorda un consimțământ liber? De cele mai multe ori, acesta simte intimidare, constrângere sau teamă că va suferi consecințe negative, chiar dacă, în realitate, nu se întâmplă așa ceva. Și acest motiv consolidează poziția noastră, prin care nu suntem de acord cu încadrarea stocării copiilor actelor de identitate în temeiul consimțământului.

b. Scopul prelucrării să fie specific

Pentru ca acordarea consimțământului să fie valabilă, acesta trebuie să fie, de asemenea, specific scopului prelucrării, care trebuie să fie descris în mod clar și neechivoc. Acest lucru este dublat de calitatea informațiilor furnizate cu privire la scopul pentru care se solicită consimțământul. În acest context, sunt relevante așteptările rezonabile ale unei persoane vizate obișnuite. Consimțământul unei persoane vizate trebuie solicitat din nou atunci când se adaugă operațiuni de prelucrare sau operațiunile urmează să fie modificate într-un mod care nu putea fi prevăzut în mod rezonabil în momentul acordării consimțământului inițial și care conduce astfel la modificarea scopului. Dacă prelucrarea datelor se face în mai multe scopuri, trebuie solicitat consimțământul pentru toate aceste scopuri.

c. Acordarea consimțământului trebuie să fie informată

Consimțământul în cunoștință de cauză va cuprinde de obicei o descriere precisă și ușor de înțeles a subiectului care necesită acordarea consimțământului. Astfel cum explică Grupul de lucru „Articolul 29”, consimțământul trebuie să se bazeze pe aprecierea și înțelegerea faptelor și implicațiilor acțiunii persoanei vizate de a accepta prelucrarea. Prin urmare, „persoana vizată trebuie să primească informații clare, inteligibile, exacte și complete cu privire la toate aspectele relevante (...), cum ar fi natura datelor prelucrate, scopurile prelucrării, destinatarii posibili ai datelor și drepturile persoanei vizate”¹³⁾. Pentru ca consimțământul să fie în cunoștință de cauză, persoanele vizate trebuie, de asemenea, să fie conștiente de consecințele neacordării consimțământului pentru prelucrare¹⁴⁾. Astfel, trebuie respectate prevederile art. 12-14 din Legea nr. 677/2001 privind informarea persoanei vizate.

¹¹⁾ Avizul 15/2011 din 13 iulie 2011 al Grupului de lucru „Articolul 29” privind conceptul de consimțământ, WP 187, Bruxelles, 13 iulie 2011, p. 12.

¹²⁾ Raportul explicativ privind Convenția 108 modernizată, punctul 42.

¹³⁾ Documentul de lucru din 15 februarie 2007 al Grupului de lucru „Articolul 29” privind prelucrarea datelor cu caracter personal medicale din dosarul electronic de sănătate (DES), WP 131, Bruxelles.

¹⁴⁾ Manual de legislație europeană privind protecția datelor, Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene și Consiliul European, 2020, disponibil online la adresa https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_ro.pdf

Modalitatea în care trebuia exprimat consimțământul nu era prevăzută în Directivă sau în Legea nr. 677/2001. Doar prin Regulamentul UE 2016/679 a fost introdusă condiția manifestării consimțământului **printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc**. Doar în situația prelucrării de date cu caracter special era solicitat consimțământul expres, acordat prin intermediul unei acțiuni¹⁵⁾.

După cum reiese din prevederile Hotărârii CJUE în prezentul litigiu, „decizia ANSPDCP în litigiul principal a fost adoptată la 28 martie 2018, așadar, anterior datei de 25 mai 2018, instanța de trimitere consideră în mod întemeiat că Directiva 95/46 se aplică *ratione temporis* litigiului principal. Cu toate acestea, din dosarul prezentat Curții, reiese de asemenea că, prin decizia sa, ANSPDCP nu numai că a aplicat o amendă societății Orange România, ci a obligat-o totodată să distrugă copiile actelor de identitate în cauză, iar litigiul principal privește și această din urmă obligație. Or, întrucât niciun element din acest dosar nu indică faptul că această obligație ar fi fost executată anterior datei de 25 mai, nu este exclus ca Regulamentul UE 2016/679 să fie aplicabil *ratione temporis* în privința respectivei obligații (cea legată de distrugerea documentelor, nu legată de colectare și stocare – n.n.).

Prin această afirmație, se pornește direct cu o analiză de fond, greșită, din punctul nostru de vedere. Dacă Orange România și-ar fi îndeplinit acea obligație complementară de distrugere a copiilor cărților de identitate, nu s-ar mai putea atrage incidența *ratione temporis* a dispozițiilor Regulamentului UE 2016/679? Înțelegem analogia cu Hotărârea din Cauza C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband c. Planet49 GmbH*¹⁶⁾, în care CJUE a fost sesizată înainte chiar ca RGDP să intre în aplicabilitate la data de 25 mai 2018, reținând în Hotărârea Marii Camere din data de 1 octombrie 2019, la punctul 41, că „nu este exclus ca, în măsura în care procedura inițiată de federație urmărește să pună capăt pentru viitor comportamentului Planet49, Regulamentul 2016/679 să fie aplicabil *ratione temporis* în cadrul litigiului principal ca urmare a jurisprudenței naționale referitoare la situația juridică relevantă în materie de acțiuni în încetare, aspect a cărui verificare revine instanței de trimitere (a se vedea, în ceea ce privește o acțiune de natură declaratorie, Hotărârea din 16 ianuarie 2019, *Deutsche Post, C-496/17, EU:C:2019:26, punctul 38*)”, întrucât Curtea voia să stopeze un anumit comportament, care era contrar cu Regulamentul UE 2016/679, dar în această situație nu se pliază această Hotărâre.

Din reglementările Regulamentului, consimțământul trebuie să fie și o „(manifestare de voință) lipsită de ambiguitate a persoanei vizate sub forma unei declarații sau a unei acțiuni fără echivoc”, dar în Directivă lipsea această sintagmă. Precum reiese chiar din expunerea Curții, „un consimțământ activ este în prezent expres prevăzut de Regulamentul UE 2016/679”. Per a contrario, prin Directiva 95/46 sau prin legea de transpunere în legislația națională nu era prevăzut acest consimțământ activ. Astfel, nu considerăm că trebuie să sancționăm într-o manieră defavorabilă operatorul doar pentru a statua niște reguli dezirabil de a fi urmate de către alți operatori pe viitor.

Deși consimțământul este obținut în manieră scrisă, pe hârtie sau în format electronic, acest lucru nu este necesar, deci poate fi dat și oral. Acest fapt este confirmat de faptul că cerința de consimțământ sugerată la Articolul 8 din Directiva 95/46/CE, care solicita ca forma consimțământului să îmbrace forma scrisă, a fost ștearsă în versiunea finală a directivei. Cu toate acestea, consimțământul oral poate fi dificil de dovedit

¹⁵⁾ Avizul 15/2011 din 13 iulie 2011 al Grupului de lucru „Articolul 29” privind conceptul de consimțământ, WP 187, Bruxelles, 13 iulie 2011, p. 25. „The requirement for explicit consent means that consent that is inferred will not normally meet the requirement of Art. 8 (2). In this regard, it is worth recalling the Article 29 Working Party opinion on electronic health records stating that «In contrast to the provisions of Article 7 of the Directive, consent in the case of sensitive personal data and therefore in an EHR must be explicit. Opt-out solutions will not meet the requirement of being «explicit» (...)»”.

¹⁶⁾ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218462&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=RO&cid=14034416>

și, prin urmare, în practică, operatorilor de date li se recomandă să recurgă la consimțământul scris din motive probatorii¹⁷⁾, dar nu este o condiție de validitate.

În acest sens, deși discutabil din punctul nostru de vedere, CJUE se folosește de mențiunile exprese și mult mai riguroase ale RGPD pentru a explica condițiile unui consimțământ valabil în această materie, conchizând că este nevoie de o atitudine activă a persoanei vizate, sub forma unei declarații sau a unei acțiuni fără echivoc, iar nu de una pasivă.

Ceea ce i se reproșează indirect operatorului de date și ceea ce va trebui ca instanța de trimitere să analizeze, prin raportare la situația de fapt și la probele administrate, constă în:

➤ faptul că o căsuță bifată într-un contract nu probează cine a realizat respectiva acțiune de bifare și, având în vedere că operatorul de date este cel în sarcina căruia cade proba, administrarea probei consimțământului devine o veritabilă *probatio diabolica* prin însăși modalitatea în care a ales să ia acest consimțământ;

➤ faptul că, prin modalitatea concretă de inserare în contract, persoana vizată trebuie să înțeleagă în mod clar că nu se condiționează încheierea contractului de consimțământul pe care ea trebuie să îl dea (în cazul de față, prelucrarea datelor referitoare la nume, prenume și adresă sunt necesare pentru însăși încheierea contractului, nefiind necesar consimțământul persoanei vizate, dar pentru codul numeric personal, de exemplu, ar fi necesar – a se vedea, în acest sens, și cele reținute în par. 58 din Concluziile Avocatului General);

➤ faptul că refuzul prelucrării anumitor date cu caracter personal nu se poate realiza în condiții mai anevoioase decât însuși acceptul în vederea prelucrării datelor, acest lucru ajungând să descurajeze persoana vizată în a-și afirma dreptul de refuz prin proceduri suplimentare.

Exceptând aceste inadvertențe în judecarea și în redactarea acestei cauze, considerăm că este important de reținut condițiile necesare ca o manifestare de voință să poată fi considerată un veritabil consimțământ, în temeiul Regulamentului UE 2016/679, cu toate implicațiile acestuia, din perspectiva legislației privind protecția datelor:

1. Considerăm că una dintre cele mai importante precizări vizează situația în care actul prin care se solicită oferirea consimțământului conține și alte aspecte. În această situație, cererea privind consimțământul trebuie să fie prezentată într-o formă care o diferențiază în mod clar de celelalte aspecte.

2. Chiar dacă Hotărârea face referire la informarea persoanei vizate în declarația care implică consimțământul, considerăm că acest aspect este important în orice comunicare cu persoana vizată – ca informațiile să fie prezentate într-o formă inteligibilă și ușor accesibilă, utilizând un limbaj clar și simplu. Raportarea trebuie să se facă la o persoană care nu are cunoștințe juridice, în primul rând, precum și la o persoană de condiție medie.

3. Un consimțământ informat, implică, potrivit considerentului (42), dar, am adăuga noi și potrivit art. 13 din Regulament, ca persoanei vizate să i se aducă la cunoștință tipul de date care urmează să fie prelucrate, identitatea operatorului, durata și modalitățile acestei prelucrări, precum și scopurile specifice urmărite de această prelucrare. O asemenea prelucrare trebuie să îi permită persoanei menționate să determine consecințele consimțământului pe care și l-ar putea da și să garanteze că acest consimțământ este dat în cunoștință de cauză.

4. De esența unui consimțământ valid este reala libertate de alegere.

5. Clauzele contractuale nu trebuie să inducă în eroare persoana vizată cu privire la posibilitatea de a încheia același contract dacă refuză să își dea consimțământul pentru prelucrarea datelor sale. Astfel, e

¹⁷⁾ *Ibidem.*

important ca clauzele care vizează prelucrarea pe bază de consimțământ să fie deosebite în mod clar de celelalte clauze contractuale. Se impune această precizare și această acțiune pentru a evita situația în care să se pună în discuție inducerea persoanei în eroare cu privire la posibilitatea de a încheia contractul, în lipsa unor prevederi corect evidențiate în contract.

6. Referitor la aspectul probator, operatorii nu trebuie să piardă din vedere, în niciun moment, că sarcina probei existenței unui consimțământ valabil cade în sarcina lor și să gândească, înainte de implementarea oricărui proces, și mecanisme probatorii pentru prelucrarea datelor.

7. Într-adevăr, înainte nu era expres prevăzut un consimțământ activ, iar practica nu favoriza acest tip de acordare, din perspective de comodate devenind o normalitate, dar acum, operatorii trebuie să implementeze procese prin care să obțină consimțământ printr-o acțiune, nu prin inacțiune.

8. Informarea asupra prelucrării datelor trebuie să respecte, cumulativ, prevederile art. 13 și următoarele din Regulamentul UE 2016/679. Informarea nu trebuie să fie făcută cu titlu general, ci aplicat, în urma unei analize a tuturor proceselor care implică prelucrarea datelor.