

# Consimțământul. Reguli noi pentru un temei tradițional de prelucrare a datelor personale

**Avocat Sergiu CREȚU**

*Avocat senior, Țuca Zbârcea & Asociații*

**Rezumat:** Nu mai este de mult o noutate faptul că pe 25 mai 2018 va intra în vigoare 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<sup>[1]</sup>. Prin acest articol facem o trecere în revistă a cerințelor în materie de consimțământ pe care operatorii de date cu caracter personal vor trebui să le aibă în vedere în contextul acestor evoluții legislative, cum ar fi: condițiile generale pentru un consimțământ valabil conform Regulamentului, cerințele privind consimțământul minorilor, aspectele formale suplimentare pe care trebuie să le aibă în vedere operatorii cu privire la consimțământ, aspectele referitoare la retragerea consimțământului persoanelor vizate, precum și problema prelucrării datelor personale, după intrarea în vigoare a Regulamentului, pe baza consimțământului valabil exprimat conform legislației actuale.

**Cuvinte-cheie:** Regulamentul (UE) 2016/679; date cu caracter personal; reguli; prelucrare; consimțământ; minori.

Aproape pretutindeni se vorbește și despre faptul că Regulamentul general privind protecția datelor aduce modificări substanțiale și în ceea ce privește regulile de prelucrare a datelor cu caracter personal. Unii vorbesc chiar despre o revoluție în materia prelucrării datelor. Nu este, totuși, chiar așa. Regulamentul este mai degrabă un act normativ care, în principal, consolidează legislativ o evoluție înregistrată de-a lungul timpului în practica autorităților europene de supraveghere a prelucrării datelor (în special a Grupului de Lucru „Art. 29”). Desigur însă că sunt și reguli noi pe care le aduce. Un aspect important adresat în Regulament vizează un temei tradițional al prelucrării datelor cu caracter personal, respectiv consimțământul persoanelor vizate, aspect detaliat în cele ce urmează.

---

<sup>[1]</sup> J.O. L 119 din 4 mai 2016, p. 1-88.

## **§1. Consimțământul ca temei al prelucrării datelor personale. Comentarii preliminare**

Art. 5 alin. (1) din Legea nr. 677/2001<sup>[1]</sup> prevede că „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” (s.n.). Apoi, în alin. (2) al aceluiași articol sunt listate o serie de cazuri care pot constitui temei al prelucrării în absența unui consimțământ<sup>[2]</sup>.

Așadar, Legea nr. 677/2001 sugerează cumva că există o ierarhie în ceea ce privește temeiurile juridice pentru prelucrarea datelor personale, plasând consimțământul în vârful acestei ierarhii. În practică, operatorii încercau (inclusiv poate din comoditate), în cele mai multe cazuri, să își fundamenteze prelucrarea pe consimțământ, deși acest demers are un dezavantaj evident și conform legislației actuale: *persoana vizată poate să își retragă oricând consimțământul*.

Regulamentul stabilește foarte clar că nu există o ierarhie în ceea ce privește temeiurile prelucrării datelor, oricare dintre cele indicate la art. 6 alin. (1) sau art. 9 alin. (2) (printre care se află și consimțământul) poate fundamenta prelucrarea datelor personale.

În fapt, având în vedere exigențele impuse de Regulament în ceea ce privește consimțământul, operatorii vor fi probabil nevoiți să depună mai multe eforturi în a identifica alte temeiuri ce ar putea să justifice prelucrarea datelor. Evident, aceștia vor putea să recurgă (dar mai degrabă ca o ultimă soluție) la consimțământul persoanelor vizate atunci când celelalte temeiuri pentru prelucrarea datelor nu vor putea fi utilizate.

## **§2. O definiție mai largă a noțiunii de consimțământ**

Potrivit art. 4 pct. 1 din Regulament, „«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*

---

<sup>[1]</sup> Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date (M. Of. nr. 790 din 12 decembrie 2001).

<sup>[2]</sup> Modul în care este redactat art. 5 din Legea nr. 677/2001 se depărtează inclusiv de dispozițiile Directivei 95/46/CE pe care Legea nr. 677/2001 o transpune în dreptul național.

*sau printr-o acțiune fără echivoc, ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate” (s.n.).*

Această definiție este mai largă decât cea prevăzută de Directiva 95/46/CE<sup>[1]</sup>, aplicabilă în prezent, potrivit căreia consimțământul este „orice manifestare de voință, liberă, specifică și informată prin care persoana vizată acceptă să fie prelucrate datele cu caracter personal care o privesc” [art. 2 lit. h)].

În spatele acestei definiții formal mai ample, Regulamentul include în alte secțiuni o serie de elemente care circumstanțiază condițiile pe care consimțământul trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerat valabil. Aceste elemente vor fi prezentate, pe scurt, în cele ce urmează.

### **§3. Condițiile consimțământului**

#### **3.1. Trebuie să fie liber**

Această condiție este prevăzută în definiția consimțământului din Directiva 95/46/CE, care însă nu include și alte detalii cu privire la semnificația noțiunii. Condiția a fost însă dezvoltată în una dintre opiniile Grupului de Lucru „Art. 29” (acte care nu au în mod formal caracter obligatoriu)<sup>[2]</sup>.

Hiatusul legislativ este acoperit acum de Regulament, oferind detalii suplimentare în ceea ce privește această condiție. Astfel, potrivit Regulamentului, consimțământul nu va fi liber exprimat dacă:

- persoana vizată nu dispune cu adevărat de libertatea de alegere sau nu este în măsură să refuze ori să își retragă consimțământul fără a fi prejudiciată;
- există un dezechilibru evident între persoana vizată și operator, în special în cazul în care operatorul este o autoritate publică. Spre exemplu, această cerință va pune în discuție validitatea consimțământului angajaților pentru prelucrarea datelor de către angajatori. În România, în general, angajatorii prelucrează datele pe bază de consimțământ. Ca atare, aceștia vor trebui să analizeze dacă, după 25 mai 2018, mai pot miza pe consimțământul angajaților ca temei al prelucrării datelor;

---

<sup>[1]</sup> 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 (J.O. L 281 din 23 noiembrie 1995, p. 31-50, ediție specială în limba română: capitol 13, volum 017, p. 10-29).

<sup>[2]</sup> Explicațiile acestui termen sunt expuse în Avizul Grupului de Lucru „Art. 29” nr. 15/2011 privind definiția consimțământului, adoptat la 13 iulie 2011, disponibil la adresa [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf).

– modul de acordare a consimțământului nu permite ca acesta să fie dat pe diferite operațiuni de prelucrare a datelor, deși acest lucru este adecvat în cazul particular (așa-numitul consimțământ granular). Ca atare, operatorii nu vor mai putea să folosească declarații de consimțământ de tipul „*catch all*”;

– executarea unui contract sau prestarea unui serviciu este condiționată de consimțământ, deși consimțământul nu este necesar pentru executarea contractului. Această abordare este des întâlnită în practică. Astfel, Regulamentul atenționează că operatorii nu pot să „forțeze” obținerea unui consimțământ, justificând că refuzul ar duce la imposibilitatea beneficiarii de serviciile furnizate în baza unui contract încheiat cu operatorul, dacă prelucrarea nu este necesară pentru furnizarea serviciilor respective.

### **3.2. Trebuie să fie specific**

Un consimțământ foarte larg, dat pentru scopuri generale/nedeterminate, nu este valid. Pentru a fi considerat valabil, operatorii trebuie să identifice clar scopurile prelucrării, iar consimțământul trebuie să acopere toate activitățile de prelucrare efectuate în același scop. În plus, dacă prelucrarea datelor se face în mai multe scopuri, consimțământul ar trebui dat pentru toate scopurile prelucrării.

În situația în care prelucrarea datelor se face în scopuri de cercetare științifică, nu este obligatoriu să se identifice pe deplin scopul prelucrării ce face obiectul cercetării, fiind suficient ca persoanele vizate să poată să își dea consimțământul doar pentru anumite domenii de cercetare identificate de operator. Ar trebui totuși să se respecte cerința privind „granularitatea” consimțământului, respectiv să se ofere posibilitatea persoanei vizate de a-și da acordul doar pentru anumite domenii de cercetare sau părți ale proiectelor de cercetare (în măsura permisă de scopul preconizat).

### **3.3. Trebuie să fie informat**

Atât reglementările actuale, cât și Regulamentul prevăd că orice prelucrare de date cu caracter personal ar trebui efectuată într-o manieră transparentă, prin informarea persoanelor vizate cu privire la existența prelucrării datelor și a condițiilor în care sunt prelucrate datele. Față de reglementările actuale, art. 13 și art. 14 din Regulament prevăd o serie de informații noi pe care trebuie să le furnizeze operatorul (e.g. temeiul juridic al prelucrării; durata preconizată

a prelucrării datelor sau criteriile pentru determinarea perioadei; dacă există un proces decizional automatizat etc.).

În plus față de reglementările actuale, Regulamentul aduce câteva precizări și în ceea ce privește modalitatea de comunicare a acestor informații cu impact direct asupra validității consimțământului. Astfel, informațiile și comunicările referitoare la prelucrarea datelor trebuie să fie ușor accesibile și ușor de înțeles, prin utilizarea unui limbaj simplu și clar. Cu alte cuvinte, operatorii vor trebui să reviziteze conținutul notelor de informare și să se asigure că se respectă simplitatea și claritatea mesajului. Notele de informare cu termeni foarte tehnici, cu un limbaj greoi pentru un simplu consumator probabil nu vor respecta această cerință și, astfel, vor putea pune în discuție validitatea consimțământului.

De asemenea, cerința unui limbaj clar și accesibil ar putea pune probleme operatorilor care își desfășoară activitatea în mediul online, în măsura în care informarea ar fi redactată într-o limbă străină (care ar putea să nu fie cunoscută de persoanele vizate). Astfel, la redactarea notelor de informare (e.g. a politicilor de prelucrare a datelor) afișate pe paginile web/platformele online, operatorii vor trebui, probabil, să țină cont de limba fiecărei jurisdicții în care se află persoanele vizate, pentru a evita eventualele discuții privind validitatea consimțământului.

### 3.4. Trebuie să fie neechivoc

Caracterul neechivoc nu este o cerință nouă în legislația datelor cu caracter personal. Art. 5 alin. (1) din Legea nr. 677/2001 stabilește că, în principiu, orice prelucrare a datelor personale poate fi efectuată numai dacă persoana vizată și-a dat consimțământul *neechivoc* pentru acea prelucrare. Totuși, nici Directiva 95/46/CE, nici Legea nr. 677/2001 nu explică semnificația acestui termen.

Regulamentul aduce câteva clarificări în ceea ce privește semnificația consimțământului neechivoc. Astfel, pentru a fi considerat neechivoc, acesta trebuie să îmbrace *forma unei declarații sau a unei acțiuni care arată în mod clar intenția* persoanei vizate de a-și da consimțământul<sup>[1]</sup>.

---

<sup>[1]</sup> Exprimarea utilizată în limba engleză este „*by a statement or by a clear affirmative action*”, iar în limba franceză este „*par une déclaration ou par un acte positif clair*”. Versiunea în limba română utilizează noțiunea de „*acțiune fără echivoc*”, o opțiune nefericită a traducătorilor români din instituțiile Uniunii Europene, întrucât, practic, se încearcă explicarea unui termen (e.g. consimțământ neechivoc), folosindu-se de însuși termenul ce se dorește a fi explicat.

Dacă vorbim despre consimțământul exprimat sub forma unei declarații, lucrurile sunt destul de clare (aici intră declarațiile în formă scrisă și semnate, precum și declarațiile verbale ale persoanelor vizate cu privire la acceptul prelucrării datelor).

Care sunt *acțiunile care arată în mod clar intenția persoanei* de a-și da consimțământul? Mai jos câteva exemple furnizate de Regulament:

- a) bifarea unei căsuțe când persoana vizitează o pagină web;
- b) alegerea setărilor pentru serviciile societății informaționale; sau
- c) orice altă declarație sau acțiune care indică în mod clar într-un context dat acceptarea de către persoana vizată a prelucrării propuse.

În ipoteza generală prevăzută la lit. c) ar putea fi incluse următoarele exemple:

- furnizarea adresei de e-mail în contextul creării unui cont pe o platformă online, într-o căsuță în dreptul căreia este indicat faptul că furnizarea este opțională, iar sub căsuță un scurt mesaj de genul „*adresa de e-mail va fi utilizată pentru a vă trimite comunicări comerciale cu produsele și/sau serviciile noastre*”;
- prelucrarea datelor privind dimensiunile corporale de către un croitor, dacă persoana vizată solicită crearea unui element vestimentar și, astfel, furnizează dimensiunile corporale; ar putea fi considerat că există consimțământul persoanei vizate și în cazul în care aceasta permite croitorului să ia dimensiunile corporale necesare pentru crearea obiectului vestimentar.

Important de menționat este că Regulamentul prevede în mod expres că absența unui răspuns sau a unei acțiuni nu poate fi considerată consimțământ valabil. De asemenea, căsuțele bifate în prealabil în paginile web sau aplicațiile software nu vor putea fi invocate drept mecanisme viabile de exprimare a consimțământului.

În fine, Regulamentul prevede că, în cazul în care declarația persoanei vizate se referă la mai multe aspecte, cererea privind consimțământul trebuie să fie prezentată într-o formă care o diferențiază în mod clar de celelalte aspecte (e.g. nu va satisface condiția unui consimțământ neechivoc o declarație care include grupat acordul pentru încheierea unui contract și acordul privind prelucrarea datelor).

#### §4. Consimțământul „expres”/„explicit” în cazuri speciale

Directiva 95/46/CE impune existența consimțământului *expres (explicit)* doar în cazul datelor cu caracter special (e.g. origine rasială sau etnică, convingeri politice sau religioase, date privind starea de sănătate sau viața sexuală)<sup>[1]</sup>.

În schimb, potrivit Legii nr. 677/2001, consimțământul pentru prelucrarea datelor trebuie să fie *expres și neechivoc*, fără a face distincție în ceea ce privește tipurile de date prelucrate, respectiv date obișnuite sau speciale. Această necorelare legislativă cu legislația europeană a suscitată, în practică, întrebări în ceea ce privește modul în care trebuie interpretate dispozițiile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 677/2001, respectiv dacă era necesar consimțământul expres (explicit) în orice situație sau doar în cazul datelor speciale, conform celor stabilite de Directiva 95/46/CE (act normativ pe care Legea nr. 677/2001 trebuia să îl transpună în dreptul intern).

Regulamentul menține diferențierea inclusă în Directiva 95/46/CE dintre consimțământului neechivoc pentru datele personale obișnuite și consimțământul neechivoc și explicit (expres) pentru datele cu caracter special<sup>[2]</sup>, înlăturând practic dilemele apărute în baza Legii nr. 677/2001 cu privire la natura consimțământului în cazul datelor obișnuite.

Trebuie menționat însă că, în plus față de prelucrarea datelor speciale, Regulamentul stabilește și alte ipoteze în care este necesar un consimțământ neechivoc și *expres (explicit)*, respectiv: prelucrarea datelor în cazul restricționării prelucrării de către persoana vizată [art. 18 alin. (2)]; adoptarea unor decizii pe baza unor prelucrări automate, inclusiv activități de profilare [art. 22 alin. (1)];

---

<sup>[1]</sup> Noțiunea de consimțământ explicit nu a fost definită nici în Directiva 95/46/CE, nici în Legea nr. 677/2001. Explicațiile acestui termen sunt însă expuse în Avizul Grupului de Lucru „Art. 29” nr. 15/2011.

<sup>[2]</sup> De altfel, problema consimțământului *neechivoc versus explicit* a suscitată intense dezbateri și negocieri în procedura de aprobare a Regulamentului. În proiectul de regulament inițial formulat de Comisie s-a propus ca pentru orice tip de prelucrare să fie necesar consimțământul *explicit*. Așa cum rezultă din documentul interinstituțional cu privire la procesul de adoptarea a Regulamentului, soluția menținută (respectiv consimțământ *neechivoc* pentru date personale obișnuite și consimțământ *explicit* pentru date speciale) a fost agreeată în ultima rundă de negocieri pe marginea textului Regulamentului: „On the final outstanding issues that were discussed in trilogue, the following balance was achieved. The way in which consent is to be given by data subjects remains «unambiguous» for all processing of personal data, with the clarification that this requires a «clear affirmative action», and that consent has to be «explicit» for sensitive data” (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15039-2015-INIT/en/pdf>).

transferul datelor personale în state cărora nu li s-a recunoscut un nivel de protecție adecvat [art. 49 alin. (1) lit. (a)].

## §5. Consimțământul minorilor

Regulamentul adresează în mod expres subiectul consimțământului minorilor, plecând de la premisa că *„aceștia au nevoie de o protecție specifică a datelor lor cu caracter personal, întrucât pot fi mai puțin conștienți de riscurile, consecințele, garanțiile în cauză și drepturile lor în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal”*. Regulamentul amintește că această protecție este necesară, în special, în contextul activităților de marketing adresat copiilor, crearea de profiluri de personalitate sau de utilizator, al colectării datelor cu caracter personal privind copiii în momentul utilizării serviciilor oferite direct copiilor (respectiv în general în contextul serviciilor oferite de societățile informaționale).

Ca atare, Regulamentul stabilește că prelucrarea datelor minorilor pe bază de consimțământ va fi legală doar dacă minorul care și-a dat consimțământul are cel puțin 16 ani<sup>[1]</sup>.

În cazul copiilor sub vârsta de 16 ani, va fi necesar acordul sau autorizarea consimțământului din partea părintelui/tutorelui. Este important de menționat că operatorii vor trebui să depună eforturi rezonabile (pe baza tehnologiilor disponibile) pentru a verifica dacă părintele/tutorele și-a dat acordul sau a autorizat consimțământul minorului.

În fine, pentru a asigura condiția *„consimțământului informat”*, în cazul minorilor notele de informare care stau la baza consimțământului trebuie să fie exprimate într-un limbaj simplu și clar, așa încât minorii să îl poată înțelege cu ușurință. Astfel, operatorii trebuie să aibă în vedere că, în acest caz, exigențele în ceea ce privește simplitatea și accesibilitatea limbajului sunt și mai stricte.

## §6. Aspecte formale privind consimțământul

Regulamentul prevede în mod expres că, indiferent de forma prin care consimțământul este manifestat, operatorul trebuie să fie în măsură să demonstreze că persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor personale. Operatorii vor trebui deci să păstreze dovezile privind exprimarea consimțământului persoanei vizate. Această cerință este în special

---

<sup>[1]</sup> Regulamentul oferă libertatea statelor membre de a stabili o limită minimă de vârstă mai mică, ce nu poate fi însă sub 13 ani.

relevantă pentru operatorii care se bazează pe consimțământul verbal. Ei vor trebui să fie mai atenți în utilizarea unei astfel de metode de exprimare a consimțământului, consimțământul verbal fiind, de regulă, mai greu de probat.

Regulamentul stabilește că solicitarea pentru obținerea consimțământului trebuie să fie clară și inteligibilă, astfel încât persoana vizată să înțeleagă pe deplin scopul acestei cereri și efectele acordării consimțământului. Ca atare, ca regulă, solicitările de genul „*prin bifarea acestei căsuței va dați consimțământul pentru prelucrarea datelor conform politicii de confidențialitate*” nu vor satisface această condiție.

### **§7. Dreptul de retragere a consimțământului**

În contextul actualei legislații, dreptul de a-și retrage a consimțământul reprezintă o manifestare a dreptului la opoziție al persoanei vizate. Regulamentul reglementează însă în mod distinct acest drept, obligând, totodată, operatorii să informeze persoanele vizate, înainte ca acestea să își dea consimțământul, cu privire la existența acestui drept și condițiile de exercitare a lui.

La acest moment, cu excepția consimțământului pentru scop de marketing, retragerea consimțământului presupune parcurgerea unei proceduri (de regulă) elaborate, stabilită și comunicată de operator. Regulamentul simplifică această procedură în favoarea persoanei vizate. Astfel, operatorii vor trebui să își regândească sistemul de prelucrare a datelor, în sensul simplificării mecanismelor de retragere a consimțământului de prelucrare a datelor (acestea trebuie să fie comode și ușor de utilizat pentru persoanele vizate, la un nivel cel puțin echivalent mecanismului de obținere a consimțământului).

### **§8. Consimțământul obținut înainte de intrarea în vigoare a Regulamentului**

Dacă prelucrarea datelor se fundamentează pe consimțământul exprimat conform legislației acum în vigoare, respectând și condițiile din Regulament, nu este necesar ca persoana vizată să își dea încă o dată acordul pentru prelucrarea datelor.

Evident, operatorii vor trebui să facă un audit al mecanismelor de prelucrare a datelor (inclusiv a modului în care este exprimat consimțământul), pentru a verifica dacă acestea corespund condițiilor stabilite de Regulament.

Până la intrarea în vigoare a Regulamentului a rămas puțin timp. Prin urmare, acest demers ar trebui făcut cât mai repede. În caz contrar, operatorii riscă să rămână descoperiți la momentul intrării în vigoare a Regulamentului, acesta aducând cu sine, ca un alt element de noutate, sancțiuni administrative mai severe decât cele aplicabile acum.