

Conferme e suggestioni della Corte di Giustizia in tema di “consenso libero e informato” dell’interessato

di Federica Danini

Title: Confirmations and suggestions of the Court of Justice in terms of "free and informed consent" of the person concerned

Keywords: data protection; consent; limits; directive 95/46/CE; regulation (EU) 2016/679.

1. – Con la sentenza dell’11 novembre 2020 la Corte di Giustizia è tornata a fornire il suo apporto alla costruzione di un sistema di effettiva tutela della privacy che consenta, tra l’altro e soprattutto, all’interessato di esercitare un reale controllo sui propri dati personali, dal momento del conferimento alla rispettiva distruzione da parte del titolare.

Da questo punto di vista, volendo anticipare le conclusioni del presente contributo, la decisione in commento sembra voler suggerire all’interprete – e, forse ancora prima, al titolare – che le operazioni svolte sui dati personali debbono necessariamente essere improntate al più ampio rispetto del diritto di autodeterminazione dell’interessato, la cui capacità di discernimento e di valutazione assurge a paradigma e parametro di liceità del trattamento svolto, in un’ottica di reale tutela della parte debole del rapporto instauratosi, connotato da tipica asimmetria (Cfr. sentenza del 1° ottobre 2019, *Planet49*, C-673/17, conclusioni dell’Avvocato generale, paragrafo 57 e ss.; in dottrina v. Heckmann D. e Paschke A., *Artikel 7*, in Ehmann E. e Selmayr M., *Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar*, Munich, 2^a ed., 2018; sull’asimmetria del rapporto tra titolare ed interessato si rinvia, altresì, al considerando n. 43 del Regolamento (UE) n. 2016/679).

Del resto, muovendo all’interno di una cornice normativa (come quella europea) basata sulla tutela della dignità, della libertà personale e della responsabilità personale nel trattamento dei dati personali, come si potrebbe prescindere dalla decisione autodeterminata dell’interessato?

2. – La vicenda ha tratto origine dalla decisione del 28 marzo 2018 con la quale l’ANSPDCP (*Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal*) ha inflitto all’Orange România – fornitore di servizi di telecomunicazione mobile nel mercato rumeno – un’ammenda per avere conservato – in allegato ai contratti di fornitura sottoscritti – la copia dei documenti di identità dei clienti senza tuttavia provare di aver ottenuto il loro consenso al riguardo e finanche alla precedente raccolta dei dati.

Sulla scorta di ciò, il Garante nazionale ha altresì ingiunto al fornitore, nella sua qualità di titolare del trattamento, di provvedere alla distruzione dei dati personali (ossia dei documenti di identità allegati ai contratti), nella convinzione che la loro conservazione violasse la normativa vigente in punto di condizioni di liceità del trattamento.

La decisione assunta dall'ANSPDCP ha trovato la sua ragion d'essere nella considerazione secondo la quale non si possa intendere "validamente prestato" il consenso rilasciato dall'interessato sulla base di informazioni generiche, ricompense nell'ambito delle condizioni generali del contratto, con evidente difficoltà (o forse addirittura impossibilità) per il cliente di procedere alla loro chiara individuazione e quindi all'assunzione di una decisione libera ed informata in merito al trattamento dei propri dati personali.

Accanto a tale argomentazione – indubbiamente apprezzabile ed anzi condivisibile – il Tribunale superiore di Bucarest – adito con ricorso dall'Orange România – ha proposto un ulteriore profilo di riflessione relativamente alle concrete modalità operative di richiesta e rilascio del consenso.

In particolare, il giudice del rinvio ha posto l'accento sulla procedura adottata dal titolare, nella parte in cui prevedeva che l'eventuale rifiuto dell'interessato di prestare il proprio consenso alla raccolta e conservazione del rispettivo documento di identità – per quanto non inficiante la possibilità di sottoscrizione del contratto di fornitura – avrebbe comunque dovuto essere documentato in un modulo specifico, firmato dal cliente prima della conclusione del contratto.

3. – In esito a tale riflessione, il Tribunalul București ha deciso di sospendere il giudizio e di adire la Corte di Giustizia al fine di ottenere alcune delucidazioni interpretative in merito a quelle disposizioni della direttiva 95/46/CE che indicano le condizioni che devono essere soddisfatte per poter considerare una manifestazione di volontà (consenso) come specifica ed informata, da una parte, nonché liberamente espressa, dall'altra.

Più propriamente, con il proprio rinvio pregiudiziale, il giudice rumeno ha posto nuovamente in luce l'annosa questione inerente ai confini di legittimità e liceità del consenso prestato, domandando al giudice europeo se sia possibile ascrivere all'interno di tale perimetro la procedura adottata da un titolare del trattamento che:

– in primo luogo, pretenda di documentare non tanto il momento della raccolta del consenso, quanto piuttosto quello del rifiuto a prestarlo;

– e quindi, consideri il consenso prestato in caso di sottoscrizione, da parte del cliente, delle condizioni generali del contratto, menzionanti, tra l'altro, anche le informazioni preventivamente dovute per la formazione di una volontà e capacità autodeterminazione consapevole e piena.

4. – I fatti da cui origina il giudizio di rinvio – ed in particolare l'ingiunzione pronunciata dal Garante nazionale destinata a produrre i suoi effetti in futuro – hanno determinato la necessità del giudice europeo di affrontare le questioni pregiudiziali proposte con riferimento sia alla normativa dettata dall'ormai abrogata direttiva 95/46/CE sia da quella attualmente vigente definita dal Regolamento (UE) n. 2016/679 (abrogativo della prima).

5. – Pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali poste alla sua attenzione dal Tribunale superiore di Bucarest (Tribunalul București), la Corte di Giustizia ha contribuito a definire il perimetro di validità del consenso dell'interessato – inteso, nel caso di specie, quale base giuridica di un trattamento di dati personali connesso e correlato all'esecuzione di un contratto stipulato tra l'interessato stesso ed il rispettivo titolare.

In tal senso, ad avviso di chi scrive, la rilevanza della decisione in commento non si esaurisce nell'individuazione e specificazione delle connotazioni richieste dalla normativa affinché il consenso possa considerarsi validamente e liberamente

prestato, ma si spinge oltre sino a delineare la linea di demarcazione tra la base giuridica rappresentata dal consenso e quella parallela rappresentata dall'esecuzione di un contratto. Ciò confermando, peraltro, il cambio di impostazione già realizzato dal Regolamento (UE) n. 2016/679, ossia confinando l'operatività del consenso ai soli e residuali casi di trattamento di dati personali – non appartenenti a categorie particolari – non giustificabili sulla base di alcuna delle diverse condizioni di liceità definite dall'articolo 6, paragrafo 1.

La pretesa di riconoscere alla decisione in commento un rilievo in tal senso nasce dall'analisi delle “*Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*” adottate il 4 maggio 2020 dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali (scaricabili su: edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_it) e, più esattamente, dalla definizione che le medesime propongono di “consenso libero”, inteso come una manifestazione di volontà contraddistinta, dapprima, dalla possibilità di una scelta effettiva e, quindi, dalla possibilità di esercitare un perdurante controllo sui dati oggetto di trattamento (invero, in precedenza, i limiti del consenso libero sono stati oggetto di plurime disamine da parte del Gruppo di lavoro Articolo 29. Basti pensare, tra gli altri: al parere 15/2011 sulla definizione di consenso (WP 187); al parere 8/2001 sul trattamento dei dati personali nel contesto lavorativo (WP 48); ed al documento di lavoro sul trattamento dei dati personali relativi alla salute contenuti in cartelle cliniche elettroniche (WP 131).

Il consenso si assume dunque invalido ogni qualvolta l'interessato non disponga di una scelta effettiva ovvero si senta obbligato ad acconsentire o tema di subire pregiudizi in seguito al diniego (parere 15/2011 sulla definizione di consenso (WP 187), pag. 13).

Simile principio conduce dunque a riflettere sulla validità del consenso prestato dall'interessato in ordine ad un trattamento di dati personali connesso – in ogni qualsivoglia maniera – all'esecuzione di un contratto di cui, appunto, l'interessato stesso è parte.

Del resto, è lo stesso Regolamento ad affrontare le questioni inerenti al rapporto esistente tra l'esecuzione di un contratto ed il rilascio del consenso, e le problematiche da ciò derivanti in punto di tutela del contraente debole.

In primo luogo, l'articolo 7, paragrafo 4, del Regolamento (UE) n. 2016/679 afferma che: “Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto”.

A tale statuizione si aggiunge, poi, quella formulata nel considerando n. 43 del medesimo Regolamento, secondo la quale “Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato [...] se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione”, oltre che il rilievo contenuto nelle predette Linee guida che escludono la validità del consenso quando esso sia inquadrabile come un elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto o servizio.

Percorrendo il medesimo solco tracciato tanto dalla normativa vigente quanto dai pareri in merito, la sentenza in commento ha sottolineato come le clausole contrattuali non debbano essere formulate e/o collocate all'interno del contratto in modo tale da indurre l'interessato in errore circa la possibilità di stipulare il contratto anche qualora questo rifiuti di acconsentire al trattamento dei suoi dati.

In questo senso, ad avviso di chi scrive, la sentenza in esame e le fonti prima citate consentono di ritenere che l'esecuzione del contratto non solo non possa essere utilizzata come “merce di scambio” per ottenere il consenso ovvero come

strumento per esercitare una pressione o un'influenza inappropriata a tal fine, ma – ancor più – se possibile solo previo trattamento dei dati personali dell'altro contraente esaurisce in se stessa la condizione di liceità del trattamento stesso.

6. – Il requisito della manifestazione di volontà dell'interessato richiede dunque che l'interessato abbia un elevato grado di autonomia quando sceglie se dare o meno il consenso che evoca, oltre a quanto visto sopra, una dichiarazione o un'azione positiva inequivocabile del medesimo (Cfr. G. M. Riccio, G. Scorza e E. Belisario, *GDPR e normativa privacy, Commentario*, Milano 1^a ed., 2018, 82 e ss.).

Sul punto, la giurisprudenza appare pacificamente orientata e consolidata nell'escludere che possa configurare "consenso" il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle, ossia di tutti gli strumenti e le impostazioni predefinite che non consentano di assumere con certezza che l'interessato abbia visto la casella preselezionata e/o abbia letto l'informazione che l'accompagna; di talché risulta ormai indiscusso l'obbligo per il titolare di prevedere un consenso attivo e l'impossibilità per il medesimo di desumere il consenso da una manifestazione di volontà avente un oggetto distinto (Cfr. sentenza del 1^o ottobre 2019, *Planet49*, C-673/17, paragrafi 52 e ss.). Ne consegue che la richiesta di consenso deve essere presentata, non solo con linguaggio semplice e chiaro in ossequio al principio di trasparenza, ma altresì in modo accessibile e chiaramente distinguibile dalle altre materie (sul punto v. anche considerando n. 42 del Regolamento). Il tutto, è noto, previa comunicazione all'interessato di tutte le informazioni relative al trattamento, alla tipologia dei dati trattati ed alla conservazione dei medesimi che consentano all'interessato di esprimere un consenso informato, ossia di autodeterminarsi effettivamente (oltre che liberamente).

1360

7. – Sulla scorta di tali principi – affermati in coerenza e continuità rispetto alla giurisprudenza precedente e al dettato degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la Corte di Giustizia sembra palesare alcuni dubbi in merito alla conformità – rispetto al diritto vigente – della procedura adottata dall'Orange România.

In particolare la sentenza in esame sembra suggerire una riflessione sul duplice aspetto della procedura consistito: 1) nella preselezione, da parte degli agenti dell' Orange România, della casella relativa al consenso prima che i clienti procedessero alla firma per accettazione di tutte le clausole generali; e quindi 2) nella pretesa di documentare per iscritto il rifiuto dei clienti alla raccolta e conservazione dei propri documenti di identità (in luogo dell'ordinaria prassi di documentare, anche per obbligo di legge, il rilascio del consenso).

In ragione di ciò – posta la necessità di valutare in concreto, da un lato, la sussistenza di indicatori che confermino l'effettiva possibilità per l'interessato di fornire un consenso libero ed informato e, dall'altro, di meccanismi idonei ad indurre, di contro, il cliente in errore circa la possibilità di concludere il contratto anche in assenza di consenso al trattamento – la Corte di Giustizia ha devoluto al giudice del rinvio il compito di effettuare tutte le verifiche necessarie a verificare la situazione *de qua* e garantire, pertanto, un'effettiva tutela dei diritti dell'interessato e, primo fra tutto, del suo diritto di autodeterminazione e libero discernimento.

Federica Danini

Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
federica.danini@edu.unige.it