

Opinion of the Board (Art. 64)



Parecer 8/2024 sobre o consentimento válido no âmbito dos modelos de consentimento ou pagamento aplicados pelas plataformas em linha de grande dimensão

Adotado em 17 de abril de 2024

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.

Resumo

As autoridades de controlo neerlandesa, norueguesa e alemã (Hamburgo) solicitaram ao Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) que emitisse um parecer que esclarecesse em que circunstâncias e condições podem as plataformas em linha de grande dimensão aplicar modelos de «consentimento ou pagamento» relacionados com publicidade comportamental de uma forma que constitua um consentimento válido e, em especial, dado de livre vontade, tendo igualmente em conta o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no processo C-252/21. Efetivamente, o âmbito do presente parecer cinge-se à aplicação pelas plataformas em linha de grande dimensão (que são definidas para efeitos do presente parecer) de modelos de «consentimento ou pagamento» nos quais é pedido aos utilizadores que consintam o tratamento para efeitos de publicidade comportamental.

A este respeito, o CEPD frisa a necessidade de cumprir todos os requisitos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), em especial os relativos ao consentimento válido, avaliando ao mesmo tempo as especificidades de cada caso. O princípio da responsabilidade reveste-se de especial importância. O CEPD recorda que a obtenção do consentimento não dispensa o responsável pelo tratamento de observar todos os princípios enunciados no artigo 5.º do RGPD, bem como as restantes obrigações estabelecidas neste regulamento. É fundamental respeitar os princípios da necessidade e da proporcionalidade, da limitação das finalidades, da minimização dos dados e da lealdade.

Na maioria dos casos, as plataformas em linha de grande dimensão não poderão cumprir os requisitos relativos ao consentimento válido se apenas confrontarem os utilizadores com uma escolha binária entre consentir o tratamento dos dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental e pagar uma taxa.

Os responsáveis pelo tratamento não devem ter por prática normal oferecer (apenas) uma alternativa paga em vez de um serviço que inclua o tratamento para efeitos de publicidade comportamental. Ao conceberem a alternativa à versão do serviço com publicidade comportamental, as plataformas em linha de grande dimensão devem ponderar oferecer aos titulares de dados uma «alternativa equivalente» que não implique o pagamento de uma taxa. Se optarem por cobrar uma taxa pelo acesso à «alternativa equivalente», os responsáveis pelo tratamento deverão também considerar a possibilidade de oferecer outra alternativa, gratuita e sem publicidade comportamental, por exemplo, com uma forma de publicidade que envolva o tratamento de menos (ou de nenhuns) dados pessoais. Este fator é extremamente importante na apreciação de determinados critérios relativos ao consentimento válido ao abrigo do RGPD. Na maioria dos casos, o facto de o responsável pelo tratamento oferecer gratuitamente outra alternativa sem publicidade comportamental terá um impacto substancial na avaliação da validade do consentimento, designadamente no que respeita ao aspeto dos prejuízos.

No que toca aos requisitos do RGPD aplicáveis ao consentimento válido, em primeiro lugar, o consentimento deve ser «dado livremente». A fim de evitar prejuízos que excluam o consentimento livre, a taxa imposta não pode impedir de forma efetiva que os titulares de dados façam uma escolha livre. Além disso, podem verificar-se prejuízos se, por não pagarem uma taxa, os titulares de dados que recusam o seu consentimento enfrentarem a exclusão do serviço, em especial nos casos em que o serviço tenha uma importância determinante ou decisiva na participação na vida social ou no acesso a redes profissionais, e mais ainda se existirem efeitos de dependência ou de rede. Consequentemente, é provável a existência de prejuízos quando as plataformas em linha de grande dimensão utilizam um modelo de «consentimento ou pagamento» para obter consentimento para o tratamento.

De igual modo, os responsáveis pelo tratamento devem avaliar, caso a caso, se existe um desequilíbrio de poder entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento. Entre os fatores a ponderar surgem a posição da plataforma em linha de grande dimensão no mercado, a existência de efeitos de dependência ou de rede, em que medida depende o titular dos dados do serviço e o público principal do serviço.

O elemento de condicionalidade, ou seja, a exigência do consentimento para poder aceder a bens ou serviços, mesmo não sendo o tratamento necessário para o cumprimento do contrato, é outro critério que importa apreciar para determinar se o consentimento é «dado livremente». No seu acórdão no processo Bundeskartellamt, o TJUE declarou que, aos utilizadores que recusem dar o seu consentimento a operações específicas de tratamento, deve ser proposta, «sendo caso disso mediante uma remuneração adequada, uma alternativa equivalente não acompanhada de tais operações de tratamento de dados». Ao fazê-lo, os responsáveis pelo tratamento evitarão o problema da condicionalidade. De qualquer modo, haverá sempre que satisfazer também os outros critérios para um consentimento «dado livremente».

A «alternativa equivalente» corresponde a uma versão alternativa do serviço oferecida pelo mesmo responsável pelo tratamento e que não implique o consentimento do tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental. O parecer apresenta elementos que podem ajudar a garantir que a alternativa seja verdadeiramente equivalente. Se a versão alternativa apenas diferir na medida do necessário para que o responsável pelo tratamento não possa tratar dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, poderá, em princípio, ser considerada equivalente.

No que respeita à imposição de uma taxa para aceder à versão «alternativa equivalente» do serviço, o CEPD recorda que os dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria comercializável, pelo que os responsáveis pelo tratamento devem ter presente a necessidade de impedir que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja transformado numa funcionalidade que os titulares de dados tenham de pagar para dela usufruir. Os responsáveis pelo tratamento devem avaliar, caso a caso, a adequação ou não da taxa e o valor adequado às circunstâncias em causa, tendo em conta as alternativas possíveis à publicidade comportamental que permitam o tratamento de menos dados pessoais, bem como a posição dos titulares dos dados. Os responsáveis pelo tratamento devem assegurar que a taxa não seja de molde a impedir os titulares de dados de fazerem uma verdadeira escolha à luz dos requisitos do consentimento válido e dos princípios previstos no artigo 5.º do RGPD, em especial o da lealdade. O princípio da responsabilidade é, neste contexto, fundamental. As autoridades de controlo são responsáveis pela execução da aplicação do RGPD, missão que pode também abranger o impacto de uma taxa na liberdade de escolha dos titulares de dados.

Outra condição é a granularidade: quando lhe é apresentado um modelo de «consentimento ou pagamento», o titular dos dados deve ser livre de escolher a finalidade do tratamento que aceita, em vez de ser confrontado com um pedido de consentimento que agrupa várias finalidades.

O consentimento válido deve também ser «específico», ou seja, deve ser dado para uma ou mais finalidades específicas, e constituir uma manifestação de vontade explícita: na conceção dos modelos de «consentimento ou pagamento», é de especial importância que os responsáveis pelo tratamento tenham em atenção a forma como solicitam o consentimento dos titulares de dados. Os utilizadores não devem ser sujeitos a modelos de conceção enganosos.

Para que o consentimento seja «dado com conhecimento de causa», o processo de informação criado pelos responsáveis pelo tratamento deve permitir que os titulares de dados tenham uma compreensão completa e clara do valor, do âmbito e das consequências das suas possibilidades de escolha, tendo

em conta a complexidade das atividades de tratamento relacionadas com a publicidade comportamental.

O CEPD também presta esclarecimentos sobre a retirada do consentimento e aconselha os responsáveis pelo tratamento a avaliarem atentamente a frequência com que o consentimento deve ser «renovado».

Índice

1	Introdução	8
1.1	Resumo dos factos	8
1.2	Admissibilidade do pedido de parecer nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD.....	9
2	Definições e âmbito do parecer	11
2.1	Definições	11
2.1.1	Definição de modelos de «consentimento ou pagamento»	11
2.1.2	Definição de «publicidade comportamental»	12
2.1.3	Definição de «plataformas em linha de grande dimensão» no contexto do presente parecer	13
2.2	Âmbito do parecer.....	14
3	Contexto jurídico	15
3.1	Disposições pertinentes do RGPD	15
3.2	Outros instrumentos jurídicos.....	16
3.3	Resumo do acórdão no processo Bundeskartellamt.....	18
3.4	Orientações existentes do CEPD	19
4	Avaliação do CEPD.....	20
4.1	Princípios e observações gerais.....	20
4.2	Requisitos relativos ao consentimento válido	22
4.2.1	Consentimento dado livremente	23
4.2.2	Consentimento dado com conhecimento de causa.....	38
4.2.3	Consentimento específico	41
4.2.4	Manifestação de vontade explícita	42
4.3	Elementos adicionais.....	43
4.3.1	Retirada do consentimento.....	43
4.3.2	Renovação do consentimento.....	45
5	Conclusões.....	46

O Comité Europeu para a Proteção de Dados

Tendo em conta o artigo 63.º e o artigo 64.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (a seguir designado por «RGPD»),

Tendo em conta o Acordo EEE, nomeadamente o anexo XI e o Protocolo n.º 37, com a redação que lhe foi dada pela Decisão n.º 154/2018 do Comité Misto do EEE, de 6 de julho de 2018¹,

Tendo em conta os artigos 10.º e 22.º do seu regulamento interno,

Considerando o seguinte:

(1) O Comité Europeu para a Proteção de Dados (a seguir designado por «Comité» ou «CEPD») tem como principal função garantir a aplicação coerente do RGPD em todo o Espaço Económico Europeu («EEE»). De acordo com o artigo 64.º, n.º 2, do RGPD, as autoridades de controlo, o presidente do Comité ou a Comissão podem solicitar que o Comité analise qualquer assunto de aplicação geral ou que produza efeitos em mais do que um Estado-Membro, com vista a obter um parecer. O objetivo do presente parecer consiste em analisar um assunto de aplicação geral ou que produz efeitos em mais do que um Estado-Membro.

(2) O parecer do Comité é adotado nos termos do artigo 64.º, n.º 3, do RGPD, em conjugação com o artigo 10.º, n.º 2, do regulamento interno, no prazo de oito semanas após a presidente e as autoridades de controlo competentes terem decidido que o processo está completo. Por decisão da presidente, este prazo pode ser prorrogado por mais seis semanas, tendo em conta a complexidade do tema,

ADOTOU O SEGUINTE PARECER:

1 INTRODUÇÃO

1.1 Resumo dos factos

1. Em 17 de janeiro de 2024, a autoridade de controlo neerlandesa, agindo também em nome da autoridade de controlo norueguesa e da autoridade de controlo alemã (Hamburgo), conjuntamente designadas por «autoridades de controlo requerentes», solicitou ao CEPD que emitisse um parecer nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD em relação aos denominados modelos de «consentimento ou pagamento» (a seguir designado por «o pedido»).
2. A presidente do Comité e a autoridade de controlo neerlandesa consideraram o processo completo em 25 de janeiro de 2024. Na mesma data, o processo foi transmitido pelo secretariado do CEPD.

¹ As referências a «Estados-Membros» efetuadas ao longo do presente parecer devem ser entendidas como referências a «Estados do EEE».

3. Resumidamente, o pedido diz respeito às circunstâncias em que as plataformas em linha de grande dimensão que atraem grandes quantidades de utilizadores no Espaço Económico Europeu («EEE») podem aplicar os denominados modelos de «consentimento ou pagamento»² quando os dados são tratados para efeitos de publicidade comportamental, de uma forma que satisfaça o requisito de um consentimento válido e, em especial, dado livremente³.
4. As autoridades de controlo requerentes recordam as «Diretrizes 05/2020 do CEPD relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679», a seguir designadas por «Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento», e salientam que importa avaliar se os titulares de dados confrontados com os modelos de «consentimento ou pagamento» podem «exercer uma verdadeira escolha», tendo em conta o «risco de fraude, intimidação, coação ou consequências negativas importantes», ou se existe «qualquer elemento de obrigatoriedade, pressão ou incapacidade de exercício da livre vontade»⁴.
5. As autoridades de controlo requerentes referem também que as questões supramencionadas devem ser apreciadas tendo em conta o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Bundeskartellamt⁵.
6. Por último, na sua fundamentação do pedido, as autoridades de controlo requerentes salientam que «vários membros do CEPD forneceram já orientações sobre os modelos de “consentimento ou pagamento” a nível nacional, por exemplo em relação aos meios de comunicação social» e que, embora sejam «valiosas e constituam um bom ponto de partida», tais orientações nacionais «destinam-se geralmente a responsáveis pelo tratamento de menor dimensão»⁶. Assim, as autoridades de controlo requerentes alegam que, a fim de assegurar a interpretação e aplicação coerentes do RGPD, é necessário dar resposta às questões específicas suscitadas pela aplicação de modelos de «consentimento ou pagamento» pelas plataformas em linha de grande dimensão.

1.2 Admissibilidade do pedido de parecer nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD

7. O artigo 64.º, n.º 2, do RGPD, estabelece que as autoridades de controlo podem solicitar que o Comité analise qualquer assunto de aplicação geral ou que produza efeitos em mais do que um Estado-Membro, com vista a obter um parecer.

² Ver a definição na secção 2.1.1 do presente parecer.

³ Pedido de parecer nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD (a seguir designado «pedido»), secção I («Introdução»), p. 1.

⁴ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), A. Quadro jurídico relativo ao conceito fundamental de consentimento, p. 2. A este respeito, ver as Diretrizes 05/2020 do CEPD relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, adotadas em 4 de maio de 2020 (a seguir designadas por «Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento»), ponto 24.

⁵ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), B. Relação entre consentimento e «modelos de consentimento ou pagamento», p. 3. Ver o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de julho de 2023, Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt, C-252/21, EU:C:2023:537 (a seguir designado por «acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt»). Mais especificamente, as autoridades de controlo requerentes recordam os n.ºs 143, 144 e 148 a 150 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt.

⁶ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), C. Evolução atual e necessidade de clareza, p. 4. Mais especificamente, as autoridades de controlo requerentes apresentam com o pedido orientações nacionais, emitidas pelas autoridades de controlo alemã (Hamburgo), austríaca e francesa, com critérios gerais relativos aos modelos de «consentimento ou pagamento».

8. As autoridades de controlo requerentes especificam no pedido que, «do ponto de vista da proteção de dados, não existe, neste momento, uma resposta europeia coerente à questão acima referida⁷ sobre a validade do consentimento em relação aos modelos de "consentimento ou pagamento"»⁸. Sublinham também que tal inexistência «é motivo de preocupação, uma vez que esta questão está (...) indissociavelmente ligada à interpretação do conceito de consentimento, sendo, por conseguinte, um assunto de aplicação geral relativamente a um conceito fundamental do RGPD»⁹.
9. O pedido diz respeito à interpretação coerente do conceito de consentimento e, mais especificamente, às circunstâncias em que pode ser considerado válido o consentimento obtido pelas plataformas em linha de grande dimensão que tratam dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental e aplicam modelos de «consentimento ou pagamento». Consequentemente, o Comité considera que o pedido diz respeito a um «assunto de aplicação geral» na aceção do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD. Mais concretamente, o assunto respeita a questões relacionadas com a aplicação prática de disposições fundamentais do RGPD e para as quais não existe, neste momento, uma interpretação coerente ao nível da UE. Deste modo, pode afirmar-se que existe um interesse geral na apreciação desta questão sob a forma de um parecer do CEPD, a fim de assegurar a aplicação uniforme do RGPD. A aplicação de modelos de «consentimento ou pagamento» pelas plataformas em linha de grande dimensão suscita questões específicas: tal como sublinham as autoridades de controlo requerentes, «esta ausência de uma abordagem uniforme é especialmente premente no que toca às plataformas em linha de grande dimensão que atraem milhões de titulares de dados na Europa. Pode argumentar-se que, em especial para estas plataformas em linha de grande dimensão, é necessária uma abordagem uniforme aplicável a quaisquer questões de aplicação geral relacionadas com este tipo de responsáveis pelo tratamento, porquanto estas plataformas operam em todos os Estados-Membros da UE e do EEE e qualquer modelo de "consentimento ou pagamento" aplicado pelos responsáveis pelo tratamento que as operam afetará milhões de titulares de dados europeus»¹⁰.
10. O pedido inclui uma fundamentação escrita sobre o contexto e os motivos da apresentação da questão ao Comité, nomeadamente sobre o quadro jurídico pertinente e a relação entre o consentimento e os modelos de «consentimento ou pagamento», bem como sobre a evolução atual da jurisprudência do TJUE e a necessidade de clareza e de uma interpretação coerente¹¹. Por conseguinte, o Comité considera que o pedido é fundamentado em conformidade com o artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento Interno do CEPD¹².
11. Nos termos do artigo 64.º, n.º 3, do RGPD, o CEPD não emite parecer se já tiver emitido antes um parecer sobre o mesmo assunto¹³. Conforme se explica mais em pormenor na secção 3.4, o CEPD não emitiu um parecer sobre o mesmo assunto e ainda não respondeu às questões suscitadas pelo pedido.

⁷ Ver o n.º 3 do presente parecer.

⁸ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), C. Evolução atual e necessidade de clareza, p. 4.

⁹ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), C. Evolução atual e necessidade de clareza, p. 4.

¹⁰ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), C. Evolução atual e necessidade de clareza, p. 5.

¹¹ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), pp. 1-5.

¹² O artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento Interno do CEPD estabelece que: «Os pedidos são apresentados com uma fundamentação nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD».

¹³ Artigo 64.º, n.º 3, do RGPD e artigo 10.º, n.º 4, do Regulamento Interno do CEPD.

12. Por estes motivos, o Comité considera que o pedido é admissível e que as questões por ele suscitadas devem ser analisadas no presente parecer (a seguir designado por «o parecer») adotado nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD.
13. A secção seguinte define modelos de «consentimento ou pagamento», «publicidade comportamental» e «plataformas em linha de grande dimensão» no contexto do presente parecer e descreve o âmbito do mesmo.

2 DEFINIÇÕES E ÂMBITO DO PARECER

2.1 Definições

2.1.1 Definição de modelos de «consentimento ou pagamento»

14. Os modelos de «consentimento ou pagamento»¹⁴ podem ser definidos como modelos em que um responsável pelo tratamento dá aos titulares de dados pelo menos duas opções de escolha para obterem acesso a um serviço em linha prestado pelo responsável pelo tratamento. Assim, o titular dos dados pode 1) consentir o tratamento dos seus dados pessoais para uma finalidade específica ou 2) decidir pagar uma taxa e obter acesso ao serviço em linha sem que os seus dados pessoais sejam tratados para essa finalidade. O presente parecer centrar-se-á nos modelos em que pode ser dado consentimento para o tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental.
15. Na primeira das opções acima referidas, os titulares de dados só têm acesso ao serviço se consentirem ser seguidos e visados com publicidade comportamental pelo responsável pelo tratamento. Neste caso, o modelo de negócio do responsável pelo tratamento é, normalmente, financiado através de publicidade em linha baseada nos comportamentos dos utilizadores.
16. Na segunda opção, os titulares de dados pagam uma taxa (que pode consistir, por exemplo, numa assinatura semanal, mensal ou anual, ou num pagamento único)¹⁵ e são autorizados a aceder a uma versão do serviço que não inclui o tratamento dos dados pessoais do utilizador para efeitos de publicidade comportamental. No entanto, é de referir que esta segunda opção tanto pode implicar que os titulares de dados não sejam de todo seguidos, como fazer com que continuem a ser seguidos para finalidades diferentes, por exemplo, para analisar a utilização de um sítio Web a fim de melhorar as suas funcionalidades. De qualquer modo, o CEPD recorda que tais finalidades têm de ser legítimas e determinadas e que o tratamento tem de basear-se num motivo lícito nos termos do RGPD. Além disso, na versão paga do serviço, podem continuar a ser utilizados testemunhos de conexão ou tecnologias de seguimento para outras finalidades que não a publicidade comportamental. Se qualquer tecnologia utilizada envolver o acesso ou a conservação de informações em equipamento terminal, tal acesso ou conservação terá de cumprir o RGPD e o artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Privacidade Eletrónica, se for caso disso.

¹⁴ Ver também, a este respeito, os documentos adotados a nível nacional da i) autoridade de controlo austríaca (DSB), *FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz*, 20 de dezembro de 2023, da ii) autoridade de controlo francesa (CNIL), *Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation*, 16 de maio de 2022, e da iii) Conferência das Autoridades Independentes de Proteção de Dados da Alemanha (DSK), *Beschluss – der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom*, 22 de março de 2023.

¹⁵ Nestes casos, a assinatura paga pode também diferir em função dos serviços a que o utilizador aceda, por exemplo, um serviço básico para o primeiro nível de assinatura ou um serviço suplementar para serviços ou funcionalidades adicionais ou complementares.

17. Embora, nos modelos de «consentimento ou pagamento» analisados no presente parecer, o titular de dados não tenha geralmente acesso ao serviço se não consentir o tratamento dos seus dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental nem pagar uma taxa, o CEPD salienta haver a possibilidade de ser gratuitamente oferecida ao titular dos dados outra alternativa sem publicidade comportamental, tal como se descreve mais adiante na secção 4.2.1.1.

2.1.2 Definição de «publicidade comportamental»

18. O CEPD observa que os mecanismos que permitem a oferta de anúncios em linha personalizados aos titulares de dados se multiplicaram ao longo do tempo. A sua sofisticação também aumentou. Os utilizadores podem ser alvo de publicidade personalizada com base em diferentes critérios e técnicas, nomeadamente informações relacionadas com o seu comportamento em e fora de linha.
19. No atual ambiente em linha, a publicidade comportamental, que implica a criação de perfis pormenorizados dos titulares dos dados, tornou-se um elemento fundamental de determinados modelos de negócio. No Parecer 2/2010 do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT29) sobre publicidade comportamental em linha, a «publicidade comportamental» é definida como «publicidade [que] tem por base a observação do comportamento das pessoas ao longo do tempo»¹⁶. De igual modo, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º sublinhou que a publicidade comportamental procura «estudar as características deste comportamento através das suas ações (várias visitas ao mesmo sítio Web, interações, palavras-chave, produção de conteúdo em linha, e tc.), com vista a criar um perfil específico e, deste modo, apresentar-lhes anúncios que correspondem aos interesses implícitos no seu comportamento»¹⁷.
20. Tal como se explica no parecer do GT29 acima referido, a publicidade comportamental baseia-se em dados recolhidos por meio da observação da atividade dos utilizadores ao longo do tempo (por exemplo, as páginas que visitam, o tempo que passam numa página que mostra um determinado produto, o número de ligações a uma página, os «gostos» dados ou a sua localização). Nestes casos, o controlo do comportamento dos utilizadores é efetuado utilizando testemunhos de conexão ou outras tecnologias de seguimento semelhantes (por exemplo, módulos sociais ou píxeis). Os utilizadores podem ser seguidos em diferentes sítios Web por vários intervenientes (por exemplo, plataformas e corretores de dados)¹⁸. Os dados recolhidos, que podem, em certos casos, ser agregados com dados fornecidos de forma ativa pelo utilizador (por exemplo, ao criar uma conta em linha ou ao iniciar uma sessão num sítio Web) ou com dados fora de linha, permitem que as empresas infiram informações sobre o utilizador e tirem conclusões sobre as suas preferências, gostos e interesses¹⁹. Quando os responsáveis pelo tratamento tratam dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, ocorrem várias atividades de tratamento, nomeadamente o controlo do

¹⁶ Parecer 2/2010 do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT29) sobre publicidade comportamental em linha (WP 171), adotado em 22 de junho de 2010 (a seguir designado por «parecer do GT29 sobre publicidade comportamental em linha»), p. 5.

¹⁷ Parecer do GT29 sobre publicidade comportamental em linha, p. 5.

¹⁸ Diretrizes 8/2020 do CEPD sobre o direcionamento para os utilizadores das redes sociais, versão 2.0, adotadas em 13 de abril de 2021 (a seguir designadas por «Diretrizes do CEPD sobre o direcionamento»), ponto 3.

¹⁹ Parecer do GT29 sobre publicidade comportamental em linha, p. 8 («Existem duas grandes abordagens para a criação de perfis de utilizadores: i) os perfis implícitos são criados por inferência, com base na observação do comportamento individual e coletivo dos utilizadores ao longo do tempo, especialmente através da monitorização das páginas que estes visitaram e dos anúncios que visualizaram ou em que clicaram; ii) os perfis explícitos são criados com base nos dados pessoais que os próprios fornecem a um serviço Web, nomeadamente na fase de registo. Estas duas abordagens podem ser combinadas. Além disso, os perfis implícitos podem passar a ser explícitos quando a pessoa em causa cria os seus dados de acesso a um sítio Web»).

comportamento dos titulares dos dados, a recolha e análise de dados pessoais para efeitos de criação e desenvolvimento de perfis de utilizadores, a partilha de dados pessoais com terceiros no âmbito da criação e desenvolvimento dos perfis de utilizadores ou para ligar os anunciantes aos editores comerciais, a exibição de anúncios personalizados aos titulares dos dados com base no perfil resultante e a análise da interação dos utilizadores com os anúncios exibidos com base no seu perfil.

21. Por este motivo, a publicidade comportamental é considerada uma forma de publicidade particularmente intrusiva, uma vez que pode fornecer aos responsáveis pelo tratamento uma visão muito pormenorizada da vida privada das pessoas. Além disso, tal como recorda o CEPD nas suas Diretrizes 8/2020 sobre o direcionamento para os utilizadores das redes sociais, a publicidade comportamental gera riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais dos titulares dos dados, tais como a possibilidade de discriminação e exclusão e a eventual manipulação dos utilizadores²⁰.

2.1.3 Definição de «plataformas em linha de grande dimensão» no contexto do presente parecer

22. O presente parecer centra-se nos modelos de «consentimento ou pagamento» aplicados por «responsáveis pelo tratamento de “plataformas em linha de grande dimensão” que atraem grandes quantidades de utilizadores no EEE»²¹. Importa identificar o tipo de plataformas que se inserem no âmbito do presente parecer.
23. O CEPD recorda que o RGPD não define as «plataformas em linha», pelo que convém precisar o significado deste conceito. Para efeitos do presente parecer, o conceito de «plataformas em linha» poderá abranger, mas sem a ela se cingir, a aceção de «plataforma em linha» estabelecida no artigo 3.º, alínea i), do Regulamento dos Serviços Digitais²².
24. Nos pontos que se seguem, o CEPD destaca alguns dos elementos a avaliar, caso a caso, para determinar se um responsável pelo tratamento deve ser considerado uma «plataforma em linha de grande dimensão» para efeitos do presente parecer. Tendo em conta que determinados elementos podem ser mais pertinentes para certos responsáveis pelo tratamento do que para outros, esta lista de elementos não é exaustiva nem uma lista de requisitos cumulativos, antes visando indicar os aspetos que podem levar a qualificar um responsável pelo tratamento como uma «plataforma em linha de grande dimensão» para efeitos do presente parecer.
25. Em primeiro lugar, as plataformas em linha de grande dimensão são plataformas que atraem uma grande quantidade de titulares de dados como seus utilizadores.
26. A posição da empresa no mercado é outro elemento eventualmente relevante para avaliar se o responsável pelo tratamento pode ser considerado uma «plataforma em linha de grande dimensão».

²⁰ Diretrizes do CEPD sobre o direcionamento, pontos 9 a 18.

²¹ Pedido, secção I («Introdução»), p. 3.

²² Nos termos do artigo 3.º, alínea i), do Regulamento dos Serviços Digitais, entende-se por «“[p]lataforma em linha”, um serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e difunda informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço ou uma funcionalidade menor do serviço principal e que, por razões objetivas e técnicas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço, e que a integração desse elemento ou dessa funcionalidade no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento».

27. Outro elemento a ter em conta nessa avaliação é se o responsável pelo tratamento realiza o tratamento de dados «em grande escala». O CEPD recorda que o RGPD não define em que consiste o tratamento em grande escala, embora o considerando 91 do mesmo forneça algumas orientações. Contudo, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º forneceu orientações (aprovadas pelo CEPD) sobre a aceção de tratamento «em grande escala» no âmbito do artigo 37.º, n.º 1, alíneas b) e c), do RGPD e, mais especificamente, sobre os fatores a ter em conta para determinar se o tratamento é efetuado em grande escala. Estes fatores são igualmente pertinentes para efeitos do presente parecer, respeitando, por exemplo, ao número de titulares de dados afetados, ao volume de dados e ao âmbito geográfico da atividade de tratamento²³.
28. A definição pode abranger, entre outros, determinados responsáveis pelo tratamento de «plataformas em linha de muito grande dimensão», na aceção do Regulamento dos Serviços Digitais²⁴, e os «controladores de acesso», na aceção do Regulamento dos Mercados Digitais²⁵.

2.2 Âmbito do parecer

29. O Comité concorda com as autoridades requerentes quanto ao facto de, do ponto de vista da proteção de dados, os modelos de «consentimento ou pagamento» suscitarem questões fundamentais, em especial no que respeita à interpretação e aplicação do conceito de consentimento, previsto no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e nos artigos 4.º a 7.º do RGPD.
30. Embora se deva recordar que o conceito de consentimento constante do RGPD se aplica a qualquer responsável pelo tratamento que pretenda invocar esta base jurídica, o presente parecer centra-se

²³ Ver, a este respeito, as Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º sobre os encarregados da proteção de dados («EPD»), WP 243, rev. 01, com a última redação revista e adotada em 5 de abril de 2017, adotadas pelo CEPD em 25 de maio de 2018, p. 9, e as Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, WP 248, rev. 01, com a última redação revista e adotada em 4 de outubro de 2017, aprovadas pelo CEPD em 25 de maio de 2018, pp. 11-12.

²⁴ Nos termos do artigo 33.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único de serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais), as plataformas em linha de muito grande dimensão são plataformas em linha que prestam os seus serviços a «um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões e que são designadas como plataformas em linha de muito grande dimensão» pela Comissão Europeia nos termos do artigo 33.º, n.º 4, do mesmo regulamento. Nos termos do artigo 3.º, alínea i), do Regulamento dos Serviços Digitais, uma plataforma em linha é um serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazena e difunde informações ao público.

²⁵ Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2022, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais), o controlador de acesso é uma empresa que cumpre os três requisitos cumulativos seguintes: i) tem um impacto significativo no mercado interno, ii) presta um serviço essencial de plataforma que constitui uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais e iii) beneficia de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou é previsível que possa vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo. Nos termos do artigo 2.º, ponto 2, do mesmo regulamento, os serviços essenciais de plataforma incluem a) serviços de intermediação em linha, b) motores de pesquisa em linha, c) serviços de redes sociais em linha, d) serviços de plataforma de partilha de vídeos, e) serviços de comunicações interpessoais independentes do número, f) sistemas operativos, g) navegadores Web, h) assistentes virtuais, i) serviços de computação em nuvem e j) serviços de publicidade em linha, incluindo qualquer rede de publicidade, trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por uma empresa que presta qualquer um dos serviços essenciais de plataforma enumerados nas alíneas a) a i).

nas questões específicas suscitadas em relação à validade do consentimento solicitado pelas plataformas em linha de grande dimensão que aplicam modelos de «consentimento ou pagamento», conforme identificado no pedido. Estas plataformas podem estar posicionadas unicamente em relação a alguns dos critérios aplicáveis ao consentimento válido, por exemplo, no que diz respeito à existência de um desequilíbrio de poder. No presente parecer, a utilização do termo «responsável(eis) pelo tratamento» deve ser entendida como abrangendo as plataformas em linha de grande dimensão, conforme definidas na secção 2.1.3.

31. Tendo em conta o que precede, o presente parecer diz respeito, e limita-se, à avaliação da validade do consentimento quando utilizado como base jurídica para o tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, no contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento» aplicados por plataformas em linha de grande dimensão. Os fatores salientados no presente parecer aplicar-se-ão geralmente, mas não exclusivamente, às plataformas em linha de grande dimensão. Algumas das considerações expostas no presente parecer podem, de um modo mais geral, revelar-se úteis na aplicação do conceito de consentimento no contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento».
32. O CEPD recorda que, em conformidade com o artigo 51.º, n.º 1, do RGPD, incumbe às autoridades de controlo «a responsabilidade pela fiscalização da aplicação do [RGPD], a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento e facilitar a livre circulação desses dados na União»²⁶. Além disso, nos termos do artigo 51.º, n.º 2, do mesmo regulamento, «[a]s autoridades de controlo contribuem para a aplicação coerente do [RGPD] em toda a União». Por conseguinte, é da competência das autoridades de controlo avaliar a validade do consentimento utilizado como base jurídica para o tratamento de dados pessoais, nomeadamente quando esse consentimento é recolhido no contexto de modelos de «consentimento ou pagamento» em que os dados pessoais são tratados para efeitos de publicidade comportamental.
33. Em consonância com o acima exposto, o presente parecer apresenta um quadro para os responsáveis pelo tratamento e as autoridades de controlo avaliarem a validade do consentimento nos modelos de «consentimento ou pagamento», abordando, sucessivamente, cada um dos requisitos que constituem o consentimento nos termos do RGPD. Refira-se que continua a ser necessária uma avaliação caso a caso dos critérios.

3 CONTEXTO JURÍDICO

3.1 Disposições pertinentes do RGPD

34. Para efeitos do presente parecer, o CEPD considera que as principais disposições pertinentes do RGPD consistem nos artigos 4.º a 7.º e nos considerandos 32, 42 e 43.
35. O artigo 4.º, ponto 11, do RGPD define consentimento como «uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento». O

²⁶ Ver também o artigo 57.º, n.º 1, do RGPD, que enumera as atribuições das autoridades de controlo.

consentimento do titular dos dados é uma das situações de tratamento lícito de dados pessoais, enumeradas no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD²⁷.

36. Além disso, importa igualmente recordar os requisitos a cumprir para que os responsáveis pelo tratamento tratem os dados pessoais em conformidade com todas as disposições aplicáveis do RGPD, designadamente com os princípios de proteção de dados estabelecidos no artigo 5.º do RGPD²⁸ e com o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito estabelecido no artigo 25.º do RGPD²⁹.
37. O artigo 7.º e os considerandos 32, 42 e 43 do RGPD estabelecem requisitos e orientações adicionais sobre a forma como os responsáveis pelo tratamento devem cumprir os principais elementos dos requisitos relativos ao consentimento.
38. Mais concretamente, o artigo 7.º do RGPD define as condições para a validade do consentimento e estipula, em primeiro lugar, que «[q]uando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais». Esta disposição está também ligada ao princípio da responsabilidade estabelecido no artigo 5.º, n.º 2, do RGPD.
39. O artigo 7.º, n.º 2, do RGPD dispõe que «[s]e o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples» e que «[n]ão é vinculativa qualquer parte dessa declaração que constitua violação do [RGPD]».
40. O artigo 7.º, n.º 3, do RGPD destaca o direito do titular dos dados de retirar o seu consentimento a qualquer momento. A este respeito, a «retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado». O titular dos dados é informado desse facto antes de dar o seu consentimento. O RGPD precisa também que «[o] consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar».
41. O artigo 7.º, n.º 4, do RGPD dispõe que «[a]o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato».

3.2 Outros instrumentos jurídicos

²⁷ Mais especificamente, o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD dispõe que «[o] tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) [o] titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas».

²⁸ Ver também as Diretrizes do CEPD sobre o direcionamento, ponto 58: «O CEPD recorda que obter o consentimento também não nega nem diminui de forma alguma as obrigações do responsável pelo tratamento no que toca a observar os princípios relativos ao tratamento consagrados no RGPD, em especial no artigo 5.º, no que diz respeito à lealdade, à necessidade e à proporcionalidade, bem como à qualidade dos dados. Mesmo que o tratamento de dados pessoais se baseie no consentimento do seu titular, tal não legitima um direcionamento desproporcionado ou desleal.» Ver também as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 5.

²⁹ Ver as Orientações 4/2019 do CEPD relativas ao artigo 25.º – Proteção de Dados desde a Conceção e por Defeito, versão 2.0, adotadas em 20 de outubro de 2020 (a seguir designadas por «Orientações relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito»).

42. O CEPD está ciente de que determinados aspetos dos modelos de «consentimento ou pagamento» poderão também inserir-se no âmbito de aplicação de outros instrumentos jurídicos da UE que, apesar de considerados fora do âmbito do presente parecer, será útil recordar.
43. O CEPD recorda que o conceito de «consentimento» enunciado no RGPD é igualmente pertinente para efeitos da aplicação da Diretiva Privacidade Eletrónica³⁰ e das legislações nacionais de transposição³¹. O artigo 2.º, alínea f), da Diretiva Privacidade Eletrónica prevê que o consentimento por parte do utilizador ou assinante significa o consentimento dado pela pessoa a quem dizem respeito os dados nos termos do RGPD. Embora o presente parecer se centre na interpretação do consentimento como base jurídica para o tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, as suas considerações sobre o conceito de consentimento são, por conseguinte, igualmente pertinentes para a Diretiva Privacidade Eletrónica enquanto *lex specialis*³².
44. O CEPD observa que certos aspetos da questão suscitada pelo pedido são igualmente pertinentes à luz do direito dos consumidores e da concorrência, podendo também ser abordados ao abrigo de instrumentos jurídicos como, entre outros, a Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais³³. Mesmo que não tenha relação com esses outros domínios do direito ou instrumentos jurídicos, o presente parecer pode remeter para os conceitos ou regras dos mesmos para estabelecer critérios de análise pertinentes e promover uma aplicação coerente do direito da União.
45. O CEPD entende que a Diretiva 2019/770 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (a seguir designada por «Diretiva Conteúdos Digitais»)³⁴ pode igualmente ser pertinente.
46. O CEPD observa também que determinadas disposições do Regulamento dos Mercados Digitais³⁵, como o artigo 5.º, n.º 2, estabelecem regras específicas para os chamados «controladores de acesso» que tratam dados pessoais³⁶, e que a mesma disposição do referido regulamento remete para o conceito de consentimento nos termos do RGPD.

³⁰ Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2006/24/CE e pela Diretiva 2009/136/CE.

³¹ Ver o considerando 173 do RGPD, que clarifica a relação *lex specialis-lex generalis* entre a Diretiva 2002/58/CE e o RGPD.

³² Por exemplo, refira-se o artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Privacidade Eletrónica, que exige o consentimento para o acesso ou armazenamento de informações num equipamento terminal, a menos que se aplique uma exceção. Ver o Parecer 5/2019 do CEPD sobre a interação entre a Diretiva Privacidade Eletrónica e o RGPD, particularmente em matéria de competência, atribuições e poderes das autoridades de proteção de dados, adotado em 12 de março de 2019, ponto 40.

³³ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais»). Outros instrumentos jurídicos pertinentes do ponto de vista do direito dos consumidores são, por exemplo, a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores e a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

³⁴ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais («Diretiva Conteúdos Digitais»).

³⁵ Regulamento (UE) 2022/1925 (Regulamento dos Mercados Digitais).

³⁶ A este respeito, são igualmente relevantes os considerandos 36 e 37 do Regulamento dos Mercados Digitais.

47. Além disso, o CEPD observa que o Regulamento dos Serviços Digitais estabelece obrigações específicas para os fornecedores de plataformas em linha, bem como para os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão³⁷. O presente parecer remete para as disposições pertinentes do Regulamento dos Mercados Digitais e do Regulamento dos Serviços Digitais na medida do necessário para promover uma aplicação coerente do direito da União³⁸.
48. Tendo em conta a relevância do direito da concorrência e do direito da defesa do consumidor para determinados aspetos dos modelos de «consentimento ou pagamento», o CEPD solicitou o contributo dos reguladores nacionais e da UE nestes domínios do direito, sobre o tema destes modelos.

3.3 Resumo do acórdão no processo Bundeskartellamt

49. Na sequência de um pedido de decisão prejudicial, o TJUE abordou várias questões no seu acórdão proferido em 4 de julho de 2023. A primeira das questões submetidas ao Tribunal de Justiça perguntava se, no âmbito do exame de um potencial abuso de posição dominante à luz do direito da concorrência, uma autoridade da concorrência podia averiguar se a empresa em causa tinha adotado um comportamento não conforme com o RGPD³⁹. Na sua resposta, o Tribunal salientou a obrigação de cooperação leal entre as autoridades da concorrência e as autoridades de controlo da proteção de dados⁴⁰. Outras questões prendiam-se com a interpretação do artigo 9.º⁴¹ e do artigo 6.º, n.º 1, alíneas b) e d) a f), ⁴²do RGPD.
50. Enquanto última questão, tal como recordam as autoridades de controlo requerentes, o acórdão no processo Bundeskartellamt dizia respeito a saber se «se pode considerar que um consentimento dado pelo utilizador de uma rede social em linha ao operador dessa rede preenche os requisitos de validade previstos no artigo 4.º, n.º 11, do [RGPD], em especial o de que esse consentimento deve ser dado livremente, quando esse operador ocupa uma posição dominante no mercado das redes sociais em linha»⁴³.
51. O TJUE recordou, em primeiro lugar, a definição de consentimento estabelecida no artigo 4.º, n.º 11, do RGPD, bem como no artigo 7.º, n.º 4, e nos considerandos 42 e 43 do mesmo regulamento⁴⁴. Conforme observado no pedido, o TJUE declarou que a existência de uma posição dominante de um

³⁷ Mais concretamente, o artigo 33.º, n.º 1, do Regulamento dos Serviços Digitais estabelece que «[a] presente secção [5 do Regulamento dos Serviços Digitais] aplica-se às plataformas em linha (...) que têm um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões, e que são designadas como plataformas em linha de muito grande dimensão (...) nos termos do n.º 4».

³⁸ A jurisprudência constante do TJUE prevê que, quando dois atos jurídicos da UE com o mesmo valor hierárquico não estabelecem a prioridade de um em relação ao outro, devem ser aplicados de uma forma compatível e que permita uma aplicação coerente dos mesmos. Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal Geral de 3 de maio de 2018, Malta/Comissão, T-653/16, ECLI:EU:T:2018:241, n.º 137.

³⁹ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.ºs 36 a 63.

⁴⁰ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 53.

⁴¹ Uma questão relacionada com a interpretação do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD é abordada pelo Tribunal no acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.ºs 64 a 85.

⁴² Mais precisamente, os n.ºs 86 a 139 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt. Os n.ºs 86 e 97 a 126 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt dizem respeito ao artigo 6.º, n.º 1, alíneas b) e f), do RGPD. Os n.ºs 127 a 139 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt respeitam ao artigo 6.º, n.º 1, alíneas d) e e), do RGPD.

⁴³ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), B. Relação entre consentimento e «modelos de consentimento ou pagamento», p. 3, que remete para o n.º 140 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt.

⁴⁴ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.ºs 142 a 145.

operador de redes sociais em linha «não obsta, enquanto tal, a que os utilizadores dessa rede possam validamente consentir, na aceção do artigo 4.º, n.º 11, [do RGPD], no tratamento dos seus dados pessoais, a ser efetuado por esse operador»⁴⁵.

52. Porém, o TJUE esclareceu que uma posição dominante constitui «um elemento importante para determinar se o consentimento foi efetivamente dado de forma válida e, nomeadamente, livre, o que incumbe ao referido operador provar»⁴⁶. Efetivamente, esta circunstância «é suscetível de afetar a liberdade de escolha desse utilizador que pode não estar em condições de recusar ou retirar o seu consentimento sem ser prejudicado»⁴⁷ e «é suscetível de criar um desequilíbrio manifesto (...) entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento»⁴⁸.
53. Além disso, embora tal não seja determinante para a apreciação do Tribunal, o TJUE referiu que, quando se afigura que determinadas operações de tratamento não são necessárias para a execução de um contrato⁴⁹, os «utilizadores devem dispor da liberdade de recusar individualmente, no âmbito do processo contratual, dar o seu consentimento a [essas] operações (...), sem que, no entanto, sejam obrigados a renunciar integralmente à utilização do serviço proporcionado pelo operador da rede social em linha, o que implica que seja proposta aos referidos utilizadores, sendo caso disso mediante uma remuneração adequada, uma alternativa equivalente não acompanhada de tais operações de tratamento de dados»⁵⁰.
54. O TJUE frisou igualmente, remetendo para o considerando 43 do RGPD, que «se presume que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico». Além disso, identificou a «amplitude do tratamento dos dados» e «o seu impacto significativo nos utilizadores dessa rede», assim como as expectativas razoáveis dos utilizadores, como elementos particularmente importantes no caso em apreço. Em seguida, o TJUE remeteu os processos para o órgão jurisdicional de reenvio, declarando que cabia a este último verificar se os utilizadores tinham a possibilidade de dar o seu consentimento separado para o tratamento dos dados relativos ao seu comportamento na rede social e dos dados recolhidos «fora da plataforma»⁵¹.

3.4 Orientações existentes do CEPD

55. São várias as diretrizes adotadas pelo CEPD pertinentes para o presente parecer⁵². A este respeito, as Diretrizes 05/2020 do CEPD relativas ao consentimento⁵³ são particularmente relevantes. Abordam as condições para o consentimento dado livremente pelos titulares dos dados, juntamente com os outros elementos do consentimento válido. No entanto, as Diretrizes 05/2020 não abordam plenamente a

⁴⁵ Ver o acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 154.

⁴⁶ Ver o acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 154.

⁴⁷ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 148, que remete para o considerando 42 do RGPD.

⁴⁸ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 149, que remete para o considerando 43 e para o artigo 7.º, n.º 4, do RGPD.

⁴⁹ A este respeito, no n.º 149, o Tribunal remete igualmente para os n.ºs 102 a 104 anteriores.

⁵⁰ Pedido, secção II («Contexto e fundamentação do presente pedido»), B. Relação entre consentimento e «modelos de consentimento ou pagamento», p. 3, que remete para o n.º 140 do acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt.

⁵¹ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 151.

⁵² Estas incluem as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento e as Diretrizes do CEPD sobre o direcionamento.

⁵³ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento.

questão enviada ao CEPD pelas autoridades de controlo requerentes, uma vez que não explicam de que forma devem as orientações gerais do CEPD sobre o consentimento ser aplicadas no contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento» aplicados pelas plataformas em linha de grande dimensão que atraem grandes quantidades de utilizadores no EEE e tratam os seus dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental com base no consentimento⁵⁴. Por conseguinte, é adequado que o CEPD responda à questão suscitada no pedido, emitindo um parecer nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RGPD.

56. Destinando-se o presente parecer a apresentar um quadro de avaliação dos modelos de «consentimento ou pagamento» aplicados pelas plataformas em linha de grande dimensão, cada um dos requisitos cumulativos que constituem o consentimento nos termos do RGPD será abordado sucessivamente.

4 AVALIAÇÃO DO CEPD

4.1 Princípios e observações gerais

57. O artigo 5.º do RGPD estabelece os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. A este respeito, o CEPD clarificou já que a obtenção do consentimento não dispensa o responsável pelo tratamento de observar todos os princípios enunciados no artigo 5.º do RGPD⁵⁵ (bem como as restantes obrigações previstas neste regulamento). **Mesmo que o tratamento dos dados pessoais se baseie no consentimento, tal não justifica uma recolha de dados que não seja necessária para a finalidade específica do tratamento e que seja desleal para os titulares dos dados**⁵⁶.
58. O tratamento deve respeitar os princípios **da necessidade e da proporcionalidade**⁵⁷. De igual modo, o respeito pelos princípios **da limitação das finalidades e da minimização dos dados**⁵⁸ tem uma importância fundamental. De acordo com o princípio da limitação das finalidades, os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas⁵⁹. Os responsáveis pelo tratamento têm a responsabilidade de definir claramente as finalidades do tratamento, nomeadamente no que respeita ao tratamento efetuado para efeitos de publicidade

⁵⁴ Nas suas Diretrizes relativas ao consentimento, o CEPD clarificou a sua posição sobre as denominadas barreiras de testemunhos de conexão (*cookie walls*), nas quais os titulares dos dados podem optar entre consentir o armazenamento de informações no seu equipamento terminal ou não aceder ao serviço. Trata-se de um exemplo de uma situação em que o consentimento dado pelos titulares dos dados não pode ser considerado «dado livremente».

⁵⁵ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 5 («Além disso, obter o consentimento também não nega nem diminui de forma alguma as obrigações do responsável pelo tratamento no que toca a observar os princípios relativos ao tratamento consagrados no RGPD»).

⁵⁶ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 5 («Mesmo que o tratamento dos dados pessoais se baseie no consentimento do titular dos dados, o facto de existir consentimento não legitima a recolha de dados que não seja necessária para a finalidade específica do tratamento e que seja fundamentalmente desleal»).

⁵⁷ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 5 («Além disso, obter o consentimento também não nega nem diminui de forma alguma as obrigações do responsável pelo tratamento no que toca a observar os princípios relativos ao tratamento consagrados no RGPD, em especial no artigo 5.º do RGPD, no que diz respeito à lealdade, à necessidade e proporcionalidade, bem como à qualidade dos dados»).

⁵⁸ Artigo 5.º, n.º 1, alíneas b) e c), do RGPD.

⁵⁹ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, secção 3.4.

comportamental⁶⁰. Além disso, os responsáveis pelo tratamento têm de assegurar o respeito pelo princípio da minimização dos dados⁶¹, segundo o qual os dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, e que concretiza o princípio da proporcionalidade⁶². Neste sentido, os responsáveis pelo tratamento devem, em primeiro lugar, determinar se necessitam mesmo de tratar dados pessoais para as suas finalidades pertinentes e **verificar se as finalidades pertinentes podem ser alcançadas por meios menos intrusivos, ou mediante o tratamento de menos dados pessoais**, ou com dados pessoais menos pormenorizados ou agregados⁶³. A secção 4.2.1.1 é relevante a este respeito.

59. O CEPD observa que a publicidade comportamental pode implicar a recolha e a compilação do maior número possível de dados pessoais sobre as pessoas singulares e as suas atividades, com o eventual controlo total da sua vida, em linha e fora de linha⁶⁴. O CEPD considera que a avaliação da conformidade com o princípio da minimização dos dados tem de atentar na amplitude e no carácter intrusivo do tratamento. Deste modo, o seguimento excessivo, que inclui a combinação de várias fontes de dados em diferentes sítios Web, é mais difícil de conciliar com o princípio da minimização dos dados do que, por exemplo, um sistema de publicidade personalizada em que os próprios utilizadores determinam, de forma ativa e consciente, as suas preferências.
60. As atividades de tratamento devem respeitar sempre o princípio da **lealdade**⁶⁵. Os elementos principais do princípio da lealdade consistem, entre outros, na necessidade de o tratamento corresponder às expectativas razoáveis dos titulares dos dados, na necessidade de o responsável pelo tratamento não discriminar injustamente os titulares dos dados e não explorar as suas necessidades ou vulnerabilidades, na necessidade de evitar ou reconhecer desequilíbrios de poder e na necessidade de evitar qualquer linguagem ou conceção enganosa ou manipuladora⁶⁶. A este respeito, o CEPD recorda a necessidade de evitar os modelos de conceção enganosos⁶⁷. Além disso, o responsável pelo tratamento deve ver o impacto mais amplo do tratamento nos direitos e na dignidade das pessoas singulares e conceder o mais elevado grau de autonomia possível aos titulares dos dados⁶⁸. É fundamental que os responsáveis pelo tratamento tenham em conta este aspeto, em especial quando o tratamento que efetuam é particularmente intrusivo. O CEPD observa também que a lealdade pode funcionar como uma pedra angular ou ponto de referência facilmente compreensível para os responsáveis pelo tratamento na avaliação de um modelo de «consentimento ou pagamento». A este respeito, importa que os responsáveis pelo tratamento possam demonstrar por que consideram que determinadas escolhas estão em conformidade com o princípio da lealdade descrito no número anterior. Este aspeto é especialmente importante se o responsável pelo tratamento reduzir o leque de

⁶⁰ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 72 (que se refere aos elementos da «predeterminação» e da «especificidade» das finalidades como parte do princípio da limitação das finalidades).

⁶¹ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, secções 3.4 e 3.5.

⁶² Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2021, *Latvijas Republikas Satversmes, C-439/19*, n.º 98.

⁶³ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, pontos 51 e 74.

⁶⁴ Ver a secção 2.1.2.

⁶⁵ Artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RGPD.

⁶⁶ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 70.

⁶⁷ *EDPB Guidelines 3/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them, Version 2.0, adopted on 14 February 2023* (Diretrizes 3/2022 do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos nas interfaces de plataformas de redes sociais: como reconhecê-los e evitá-los, versão 2.0, adotadas em 14 de fevereiro de 2023) (a seguir designadas por «Diretrizes 3/2022 do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos»).

⁶⁸ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 70.

escolhas do titular dos dados (por exemplo, não oferecendo uma alternativa gratuita sem publicidade comportamental, descrita na secção 4.2.1.1) ou incorrer no risco de influenciar indevidamente a escolha do titular dos dados (por exemplo, cobrando uma taxa que impeça efetivamente os titulares dos dados de fazerem uma escolha livre).

61. Os responsáveis pelo tratamento devem igualmente respeitar o princípio da **transparência**. Em aplicação deste princípio, devem permitir que os titulares dos dados compreendam facilmente de que forma a sua escolha afetará o tratamento dos seus dados pessoais⁶⁹. No que toca ao consentimento, remete-se para uma descrição mais aprofundada na secção 4.2.2.
62. Em conformidade com o artigo 25.º, n.º 1, do RGPD, o responsável pelo tratamento deve respeitar o princípio da **proteção de dados desde a conceção**, ou seja, deve aplicar as medidas técnicas e organizativas adequadas destinadas a aplicar os princípios da proteção de dados e a integrar as garantias necessárias no tratamento, a fim de cumprir os requisitos e proteger os direitos e as liberdades dos titulares dos dados⁷⁰.
63. Além disso, em conformidade com o artigo 25.º, n.º 2, do RGPD, o responsável pelo tratamento deve respeitar o princípio da **proteção de dados por defeito**. O responsável pelo tratamento deve escolher e ser responsável pela aplicação de definições e opções de tratamento por defeito, de forma que apenas o tratamento estritamente necessário para cumprir a finalidade definida e legítima seja realizado por defeito. Tal significa que, por defeito, o responsável pelo tratamento não deve recolher mais dados do que os necessários, não deve tratar os dados recolhidos mais do que o necessário para as suas finalidades, nem deve armazenar os dados durante mais tempo do que o necessário⁷¹.
64. As crianças beneficiam de proteção especial, designadamente para efeitos de criação de perfis e de comercialização⁷². Mais concretamente, as **crianças** não devem ser alvo de publicidade comportamental⁷³ e, por extensão, não devem ser confrontadas com modelos de «consentimento ou pagamento» que solicitem consentimento para esse tratamento.
65. A este respeito, é particularmente importante o princípio da **responsabilidade** previsto no artigo 5.º, n.º 2, do RGPD, que estabelece que o responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento dos demais princípios do artigo 5.º do RGPD e tem de poder comprová-lo⁷⁴. No que respeita ao consentimento, o artigo 7.º, n.º 1, estabelece explicitamente que, caso o tratamento se baseie no consentimento como base jurídica, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Tal como salientou o TJUE no seu acórdão no processo Bundeskartellamt⁷⁵, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento de livre vontade perante as circunstâncias da situação de tratamento e que foram satisfeitas todas as outras condições de validade do consentimento.

4.2 Requisitos relativos ao consentimento válido

⁶⁹ Considerando 39 do RGPD; Orientações do GT29 relativas à transparência, ponto 4; Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 66.

⁷⁰ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 7.

⁷¹ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 42.

⁷² Considerando 38 do RGPD.

⁷³ Ver também o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento dos Serviços Digitais.

⁷⁴ Ver, a este respeito, o acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de fevereiro de 2022, «SS» SIA/Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, n.º 77.

⁷⁵ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 152.

66. A fim de responder à questão de saber em que circunstâncias e condições podem as plataformas em linha de grande dimensão aplicar modelos de «consentimento ou pagamento» relacionados com publicidade comportamental de uma forma que constitua um consentimento válido e, em especial, dado livremente, o presente parecer abordará sucessivamente cada um dos requisitos cumulativos que constituem o consentimento nos termos do RGPD.

4.2.1 Consentimento dado livremente

67. O critério do «consentimento dado livremente» é fundamental para a compreensão do consentimento enquanto base jurídica do tratamento de dados pessoais. O carácter distinto do consentimento como fundamento jurídico do tratamento reside no facto de ser a decisão do titular dos dados [«manifestação de vontade (...) inequívoca»] e, fundamentalmente, a sua liberdade de escolha para tomar essa decisão que determinam a legalidade do tratamento.
68. Os responsáveis pelo tratamento devem assegurar-se de que os titulares dos dados dispõem de uma verdadeira liberdade de escolha quando lhes é solicitado o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais e não podem limitar a autonomia dos titulares dos dados tornando mais difícil recusar do que dar o consentimento⁷⁶. Tal é igualmente corroborado por uma das principais finalidades do RGPD, que passa por permitir que os titulares dos dados controlem os seus dados pessoais⁷⁷. Para que o consentimento seja dado livremente, os titulares dos dados devem poder decidir por si próprios, sem a influência desadequada do responsável pelo tratamento ou de terceiros⁷⁸, se o tratamento pode ser efetuado, bem como receber informações adequadas sobre o tratamento⁷⁹.
69. O CEPD declarou anteriormente que «[o] elemento "livre" implica uma verdadeira escolha e controlo para os titulares dos dados» e que, ao abrigo do RGPD, «se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido»⁸⁰. Tal como realçou o CEPD em diversas ocasiões, o consentimento só pode ser válido se o titular dos dados puder exercer uma verdadeira escolha e não existir qualquer risco de fraude, intimidação, coação ou consequências negativas importantes se o titular dos dados recusar o consentimento. O consentimento não será dado livremente nos casos em que exista qualquer elemento de obrigatoriedade, pressão ou incapacidade de exercício da livre vontade⁸¹.
70. O RGPD prevê vários critérios que devem ser utilizados para avaliar se o contexto e as circunstâncias em que o tratamento de dados é efetuado conferem aos titulares dos dados autonomia suficiente para que o seu consentimento seja considerado «dado livremente». Tal como explica o CEPD nas suas Diretrizes relativas ao consentimento, os principais critérios a ter em conta para avaliar a validade do consentimento consistem em saber se o titular dos dados é prejudicado por recusar ou retirar o

⁷⁶ O mesmo se aplica à retirada do consentimento, ver o artigo 7.º, n.º 2, do RGPD.

⁷⁷ Ver os considerandos 7, 42 e 43 do RGPD. O princípio da transparência e os direitos dos titulares dos dados previstos no capítulo III do RGPD são outros exemplos de regras que procuram reforçar o controlo dos titulares dos dados sobre os respetivos dados pessoais.

⁷⁸ Ver, a este respeito, as Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos, uma vez que, tal como refere o ponto 3 das mesmas, os «modelos de conceção enganosos» podem prejudicar a capacidade dos titulares dos dados para dar um consentimento com conhecimento de causa e de livre vontade.

⁷⁹ A este respeito, refira-se que as considerações apresentadas na secção 4.2.2 sobre o consentimento dado com conhecimento de causa são pertinentes e devem ser tidas em conta.

⁸⁰ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 13.

⁸¹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 24.

consentimento; se existe um desequilíbrio de poder na relação entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento; se o consentimento é exigido para ter acesso a bens ou serviços, mesmo que o tratamento não seja necessário para a execução do contrato (condicionalidade); e se o titular dos dados pode consentir diferentes operações de tratamento (granularidade)⁸². No seu acórdão no processo Bundeskartellamt, o TJUE declarou também serem estas as principais considerações quanto à validade do consentimento do titular dos dados⁸³.

71. É necessário examinar, caso a caso, se os critérios estão preenchidos em relação à situação específica do tratamento. Os responsáveis pelo tratamento devem poder demonstrar que o consentimento foi dado livremente. A este respeito, embora os critérios estejam inter-relacionados, é necessário que cada um deles seja satisfeito quando o titular dos dados consente o tratamento. Por exemplo, se um responsável pelo tratamento tomar medidas para evitar qualquer condicionalidade, mas a recusa do consentimento prejudicar o titular dos dados, o consentimento não será dado livremente.

4.2.1.1 Oferta de uma alternativa gratuita sem publicidade comportamental

72. Tal como descrito na secção anterior, os titulares dos dados devem gozar de uma verdadeira liberdade de escolha quando lhes for solicitado o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Neste contexto, a liberdade de escolha do titular dos dados depende igualmente das opções oferecidas aos utilizadores.
73. **Os responsáveis pelo tratamento não devem ter por prática normal oferecer (apenas) uma alternativa paga em vez de um serviço que inclua o tratamento para efeitos de publicidade comportamental.** Pelo contrário, ao conceberem a alternativa à versão do serviço com publicidade comportamental, **os responsáveis pelo tratamento devem ponderar oferecer aos titulares de dados uma «alternativa equivalente» que não implique o pagamento de uma taxa**, como a alternativa gratuita sem publicidade comportamental a seguir descrita na presente secção.
74. **Caso os responsáveis pelo tratamento decidam oferecer aos titulares dos dados uma «alternativa equivalente» que implique o pagamento de uma taxa**, o CEPD sublinha que deve ser dada especial atenção aos elementos constantes do presente parecer, nomeadamente aos enunciados nas secções 4.2.1.4.1 e 4.2.1.4.2. Nestes casos, a fim de assegurar uma verdadeira escolha e evitar confrontar os utilizadores com uma escolha binária entre o pagamento de uma taxa e o consentimento do tratamento para efeitos de publicidade comportamental, **os responsáveis pelo tratamento devem ponderar a possibilidade de oferecer também outra alternativa gratuita** («alternativa gratuita sem publicidade comportamental»).
75. Esta alternativa não pode implicar qualquer tratamento para efeitos de publicidade comportamental e pode, **por exemplo**, ser uma versão do serviço **com uma forma diferente de publicidade que envolva o tratamento de menos (ou de nenhuns) dados pessoais**, por exemplo, publicidade contextual ou geral, ou publicidade baseada em temas seleccionados pelo titular dos dados a partir de uma lista de temas de interesse. Esta proposta de alternativa está também ligada ao princípio da minimização dos dados, recordado na secção 4.1: os responsáveis pelo tratamento devem assegurar que apenas sejam tratados os dados pessoais necessários para a colocação dessa publicidade. De qualquer modo, os responsáveis pelo tratamento devem ter presente a necessidade de cumprir o disposto no artigo 6.º do RGPD e no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Privacidade Eletrónica, quando aplicável.

⁸² Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 13 a 54.

⁸³ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.ºs 143 a 146.

76. Embora não exista a obrigação de as plataformas em linha de grande dimensão oferecerem sempre serviços gratuitos, a disponibilização desta outra alternativa aos titulares dos dados **reforça a sua liberdade de escolha**, o que faz com que **os responsáveis pelo tratamento tenham mais facilidade em demonstrar que o consentimento é dado livremente**.
77. Do ponto de vista do CEPD, a oferta ou não de uma alternativa gratuita sem publicidade comportamental é um **fator particularmente importante a considerar para avaliar se os titulares de dados podem exercer uma verdadeira escolha** e, consequentemente, se o consentimento é ou não válido. Tal como refere na sua resposta à iniciativa da Comissão com vista a um compromisso sobre os testemunhos de conexão, para avaliar a validade do consentimento e a possibilidade de o titular dos dados exercer uma verdadeira escolha, o CEPD considera pertinente, entre outros aspetos, determinar se, além de um serviço que utilize uma tecnologia de seguimento e de um serviço pago, é oferecido ao utilizador outro tipo de serviço, por exemplo, um serviço que inclua uma forma de publicidade menos intrusiva⁸⁴.
78. A alternativa gratuita sem publicidade comportamental oferecida como alternativa adicional desempenharia um **papel relevante na eliminação, redução ou atenuação dos prejuízos** eventuais para os utilizadores que, por recusarem o consentimento, tenham de pagar uma taxa de acesso ao serviço ou não possam aceder-lhe de todo.
79. Além disso, e tal como observou anteriormente o CEPD, sempre que exista um desequilíbrio manifesto de poder, o consentimento apenas pode ser utilizado em «circunstâncias excecionais» e se o responsável pelo tratamento, em consonância com o princípio da responsabilidade, puder provar que não haverá «quaisquer consequências negativas» para o titular dos dados se este não der o seu consentimento, nomeadamente se for oferecida aos titulares dos dados uma alternativa sem qualquer impacto negativo⁸⁵. No contexto do presente parecer, essa alternativa poderia passar pela oferta da alternativa gratuita sem publicidade comportamental.
80. De igual modo, a oferta de uma alternativa gratuita sem publicidade comportamental pelos responsáveis pelo tratamento pode ser relevante para apreciar outros aspetos do consentimento dado livremente, como a existência de uma situação de condicionalidade, explicada na secção 4.2.1.4 do presente parecer.
81. Quando são apresentadas várias opções aos titulares dos dados, os responsáveis pelo tratamento devem também assegurar que aqueles compreendem plenamente o que cada opção implica em termos de tratamento de dados e suas consequências. A este respeito, refira-se que as considerações apresentadas na secção 4.2.2 sobre o consentimento dado com conhecimento de causa são pertinentes e devem ser tidas em conta. A **clareza das diferentes opções de escolha** deve também

⁸⁴ Resposta do CEPD à iniciativa da Comissão para um compromisso voluntário das empresas com vista a simplificar a gestão dos testemunhos de conexão e das escolhas publicitárias personalizadas por parte dos consumidores, adotada em 13 de dezembro de 2023, p. 5 do anexo: «Para avaliar a validade do consentimento, o CEPD considera pertinente, entre outros aspetos, determinar se, além de um serviço que utilize tecnologia de seguimento e de um serviço pago, é oferecido outro tipo de serviço, por exemplo, um serviço com uma forma de publicidade menos invasiva da privacidade, como a publicidade contextual, e se o titular dos dados pode exercer uma verdadeira escolha.»

⁸⁵ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 22 e exemplo 5.

refletir-se na conceção da interface, visto que, em consonância com o princípio da lealdade, deve evitar-se uma conceção enganosa ou manipuladora⁸⁶.

82. Além disso, o CEPD recorda que, ao criarem opções alternativas para o utilizador, os responsáveis pelo tratamento que sejam controladores de acesso nos termos do Regulamento dos Mercados Digitais e/ou plataformas em linha de muito grande dimensão nos termos do Regulamento dos Serviços Digitais devem ter em conta os respetivos requisitos⁸⁷.

4.2.1.2 Prejuízos

83. Nos termos do considerando 42 do RGPD, para que se considere que o consentimento foi dado de livre vontade, o titular dos dados deve ter uma verdadeira escolha e poder recusar ou retirar o seu consentimento sem ser prejudicado, ou seja, sem quaisquer consequências negativas⁸⁸. O responsável pelo tratamento deve ser capaz de demonstrar a possibilidade de o titular dos dados recusar ou retirar o consentimento sem ser prejudicado⁸⁹.
84. Se o titular dos dados recusasse dar o seu consentimento para o tratamento de dados para efeitos de publicidade comportamental e não existissem outras alternativas gratuitas que lhe permitissem aceder ao mesmo serviço, o titular dos dados enfrentaria uma consequência financeira, uma vez que teria de pagar uma taxa para poder utilizar o serviço. Mais especificamente, tal ocorreria nos casos em que existam efeitos de dependência e o utilizador tenha podido utilizar o serviço durante um período prolongado sem a existência de uma taxa.
85. A fim de evitar prejuízos na aceção do considerando 42 do RGPD e assegurar que os titulares dos dados têm a possibilidade de fazer uma verdadeira escolha, a forma como o serviço é oferecido⁹⁰ e a taxa (caso exista) não devem impedir de forma efetiva que os titulares de dados façam uma escolha livre, por exemplo, incentivando o titular dos dados a dar o seu consentimento. Por conseguinte, a taxa em questão não deve ser indevidamente elevada, aspeto que é abordado mais adiante na secção 4.2.1.4.2.

⁸⁶ Ver as Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 70. Ver também as Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos.

⁸⁷ Ver o artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento dos Mercados Digitais. Além disso, ver o considerando 36 do Regulamento dos Mercados Digitais: «Para assegurar que não comprometem, de uma forma não equitativa, a disputabilidade dos serviços essenciais de plataforma, os controladores de acesso deverão permitir que os utilizadores finais decidam livremente se pretendem consentir tais práticas de tratamento de dados e de ligação, oferecendo-lhes uma alternativa menos personalizada mas equivalente, sem subordinar a utilização do serviço essencial de plataforma ou de certas funcionalidades do mesmo ao consentimento do utilizador final.» O considerando 37 do mesmo regulamento acrescenta que: «A alternativa menos personalizada não deverá ser diferente ou de qualidade inferior em comparação com o serviço prestado aos utilizadores finais que deem o seu consentimento, a menos que a diminuição da qualidade seja uma consequência direta do facto de o controlador de acesso não poder tratar os dados pessoais em causa ou ligar utilizadores finais a um serviço.» Ver também o artigo 38.º do Regulamento dos Serviços Digitais: «(...) os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão que utilizem sistemas de recomendação oferecem pelo menos uma opção para cada um dos seus sistemas de recomendação que não se baseie na definição de perfis, tal como definida no artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2016/679».

⁸⁸ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 46 a 48. Ver também o ponto 24.

⁸⁹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 46.

⁹⁰ Enquanto o consentimento pode, em muitos casos, ser dado com um único ato, a recusa do consentimento pode exigir que o titular dos dados passe por um processo de pagamento mais moroso e complexo, possivelmente ligado a outras atividades de tratamento de dados.

86. Se recusar ou retirar o consentimento, e não pagar a taxa solicitada, o titular dos dados não poderá utilizar o serviço, o que lhe pode trazer prejuízos. Nestes casos, vários fatores podem levar os titulares dos dados a ser prejudicados.
87. Os titulares dos dados podem ser prejudicados se ficarem impossibilitados de utilizar um serviço que faz parte da sua vida quotidiana e tem uma importância determinante. Pode ser o caso, por exemplo, de uma plataforma habitual e sistematicamente utilizada para divulgar informações que podem não estar facilmente disponíveis a partir de outras fontes, ou de uma plataforma cuja utilização seja necessária para ter acesso a determinados serviços importantes para a vida quotidiana da pessoa em causa. Pode tratar-se de informações ou trocas de informações de que os utilizadores dependam na sua vida quotidiana, o que dificulta a sua não participação na plataforma. Estes tipos de situações podem envolver desde informações importantes em situações de emergência pública a informações recebidas pelos pais sobre as atividades sociais dos seus filhos. Além disso, a plataforma pode ser um fórum fundamental para o debate público sobre questões de natureza política, social, cultural e económica.
88. No mesmo sentido, a utilização de determinados serviços de redes sociais pode ser determinante para a participação dos titulares dos dados na vida social. Tendo em conta as rápidas inovações tecnológicas e o facto de a maioria das pessoas ter uma presença em linha, convirá não subestimar o papel das redes sociais na vida quotidiana e nas interações dos titulares de dados. Muitos titulares de dados dependem destas plataformas como meio importante para manter o contacto com pessoas, tais como amigos e/ou familiares, com as quais não interagem fisicamente no seu dia a dia. Considerando que as redes sociais constituem uma alternativa particularmente valiosa e conveniente às interações presenciais, a impossibilidade de lhes aceder pode ter consequências importantes no bem-estar emocional e psicológico de alguns utilizadores. Nos casos acima referidos, os titulares de dados podem ser excluídos das interações sociais ocorridas na plataforma e sentir-se socialmente isolados, em especial se não existir um serviço alternativo que ofereça uma experiência semelhante e seja também utilizado pelos contactos sociais do titular de dados. O mesmo se aplica à participação em fóruns de discussão em linha. Estes constituem atualmente uma componente importante dos debates em linha, mas os titulares de dados podem ver-se excluídos da participação nos mesmos.
89. Os titulares de dados podem igualmente ser prejudicados se, por não pagarem uma taxa e recusarem o consentimento, lhes for negado o acesso a plataformas profissionais ou orientadas para o emprego. Mais especificamente, as suas possibilidades de encontrar oportunidades de emprego ou de construir e/ou manter redes profissionais podem ser negativamente afetadas, podem sentir-se em desvantagem em relação aos utilizadores que têm acesso ao serviço ou podem não conseguir acompanhar desenvolvimentos importantes nos respetivos domínios de atividade profissional.
90. Além disso, os prejuízos poderão ser mais prováveis, e eventualmente mais significativos, no caso de uma plataforma em linha de grande dimensão em que existam **efeitos de dependência ou de rede**. As consequências prejudiciais da negação do acesso a um serviço **podem ser ainda mais importantes para os utilizadores de plataformas em linha que não aplicavam inicialmente modelos de «consentimento ou pagamento» mas que, posteriormente, decidiram introduzi-los**.
91. **Os efeitos de rede** podem fazer com que seja mais difícil aos titulares de dados decidir não aceder ao serviço sem sofrer consequências negativas. Este aspeto é de extrema relevância para as plataformas que dependem de conteúdos gerados pelos utilizadores ou pela interação entre os mesmos, tais como as plataformas de partilha de vídeos ou imagens, as plataformas de comunicação, como os sítios das redes sociais, as plataformas de encontros, os fóruns de discussão ou as plataformas de reserva com um grande número de utilizadores. Se uma plataforma tiver uma grande base de utilizadores, os

utilizadores novos e existentes podem considerar que a interação com esse serviço em particular é necessária para aderir a uma comunidade digital em que estejam os seus amigos, familiares ou colegas, ou para participar em debates ou conversas de natureza política. Outros podem sentir que têm de utilizar um serviço num contexto profissional ou que, enquanto pais, têm de utilizar um determinado sítio para receber informações sobre os seus filhos, como é o caso dos grupos de pais que planeiam atividades sociais para os filhos. Não interagir na plataforma ou escolher outro serviço pode ser uma opção irrealista, uma vez que é difícil para uma pessoa, por exemplo, convencer os seus círculos sociais, profissionais ou políticos a mudar de um serviço para outro que não segue os seus utilizadores.

92. De igual modo, os **efeitos de dependência** podem também prejudicar os titulares de dados. Os utilizadores que tenham utilizado uma plataforma durante algum tempo podem já ter estabelecido a sua presença em linha nessa plataforma através, por exemplo, de ligações e interações com outros utilizadores, da criação de conteúdos, da obtenção de seguidores e «gostos», etc. Este efeito é ainda mais amplificado quando o utilizador esteve muito tempo na plataforma, por exemplo, quando a oferta da plataforma teve já uma duração mais prolongada. Caso esses utilizadores sejam solicitados a pagar uma taxa ou a consentir o tratamento dos seus dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental para poderem continuar a utilizar o serviço, mas se recusem a fazê-lo e percam o acesso ao serviço, correm o risco de não poder levar as suas interações, seguidores e ligações para uma nova plataforma, e/ou de perder conteúdos e informações que tenham compilado ou gerado durante a utilização anterior do serviço. Tal impossibilidade ou perda poderá abranger um vasto leque de elementos, tais como comunicações pessoais, listas de contactos, históricos de pesquisas, preferências guardadas, imagens, painéis de controlo, diferentes tipos de bases de dados personalizadas, etc. Para um criador de conteúdos num sítio de partilha de conteúdos multimédia, tal poderá acarretar uma perda muito substancial e eventualmente irreparável para o utilizador, designadamente uma possível perda financeira, a perda de uma carteira construída pelo criador ao longo de anos numa plataforma e a perda de seguidores.
93. Neste contexto, é necessário recordar a importância dos direitos do titular de dados e o facto de esses direitos deverem ser sempre respeitados pelo responsável pelo tratamento. Mesmo que deixasse de ter acesso ao serviço, o titular de dados continuaria a estar habilitado a exercer os seus direitos enquanto titular de dados ao abrigo do RGPD, por exemplo, o direito de acesso aos seus dados pessoais e o direito à portabilidade dos dados. Ao facultar aos titulares dos dados a opção de darem ou não o seu consentimento e ao assegurar a manutenção da capacidade de exercer esses direitos, o responsável pelo tratamento deverá informar os titulares dos dados desse facto.
94. Caso se verifique alguma das consequências negativas (não exaustivas) descritas nos números anteriores, dar apenas a escolher entre um serviço pago e um serviço que implique publicidade comportamental com base no consentimento do titular dos dados afetaria a possibilidade de os titulares dos dados exercerem uma verdadeira escolha e recusarem o consentimento sem ser prejudicados.
95. Com base no acima exposto, os prejuízos são prováveis quando as plataformas em linha de grande dimensão utilizam um modelo de «consentimento ou pagamento» para obter consentimento para o tratamento. Tal como referido na secção 4.2.1.1, o facto de o responsável pelo tratamento oferecer a alternativa gratuita sem publicidade comportamental como alternativa adicional desempenharia um papel relevante na eliminação, redução ou atenuação dos prejuízos eventuais para os utilizadores que, por recusarem o consentimento, tenham de pagar uma taxa de acesso ao serviço ou não possam aceder-lhe de todo.

4.2.1.3 Desequilíbrio de poder

96. A primeira parte do considerando 43 do RGPD enuncia que a relação de poder entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento é um elemento relevante para determinar se o consentimento do titular dos dados foi dado de livre vontade:
- «A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa. (...)»
97. Uma vez que «dado de livre vontade» significa que o titular dos dados deve exercer a sua autonomia, é necessário ter em conta a posição do responsável pelo tratamento e o poder de que dispõe em relação aos titulares de dados. Se, numa determinada situação, existir um desequilíbrio manifesto entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados, este último poderá sentir-se coagido a tomar uma decisão que, de outro modo, não tomaria, o que afeta a sua liberdade de escolha. Tal como referido anteriormente, o considerando 43 do RGPD clarifica que o consentimento não pode, em regra, constituir base jurídica numa situação de desequilíbrio manifesto.
98. Conforme observado anteriormente pelo CEPD, sempre que exista um desequilíbrio manifesto, o consentimento apenas pode ser utilizado em «circunstâncias excecionais» e se o responsável pelo tratamento, em consonância com o princípio da responsabilidade, puder provar que não haverá «quaisquer consequências negativas» para o titular dos dados se este não der o seu consentimento, nomeadamente se for oferecida aos titulares dos dados uma alternativa sem qualquer impacto negativo⁹¹. No contexto do presente parecer, essa alternativa poderia passar pela oferta da alternativa gratuita sem publicidade comportamental (ver a secção 4.2.1.1).
99. Todos os responsáveis pelo tratamento que invoquem o consentimento como base jurídica devem avaliar se se encontram numa situação de desequilíbrio manifesto de poder. Se o responsável pelo tratamento for uma «plataforma em linha de grande dimensão», tal como definida para efeitos do presente parecer, podem ser tidos em conta determinados elementos para verificar se existe uma situação de desequilíbrio manifesto de poder. Seguidamente, são enumerados vários desses fatores, não exaustivos e não cumulativos. Alguns serão mais relevantes para determinados responsáveis pelo tratamento e menos para outros, pelo que deverá ser sempre efetuada uma avaliação caso a caso destes fatores.
100. Um primeiro fator eventualmente relevante é a **posição da empresa no mercado**. A este respeito, é de recordar que o desequilíbrio manifesto pode ser mais evidente quando existe uma relação formal entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados, por exemplo, quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública ou um empregador⁹². Contudo, tal como o CEPD previamente salientou, os desequilíbrios de poder não são exclusivos das autoridades públicas e dos empregadores, podendo também ocorrer noutras situações⁹³. Os fatores reais e específicos do caso concreto devem ser sempre objeto de apreciação.

⁹¹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 22 e exemplo 5.

⁹² Ver também as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, secção 3.1.1.

⁹³ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 24.

101. O RGPD não fornece orientações explícitas sobre como ter em conta a posição do responsável pelo tratamento no mercado para determinar a eventual existência de uma situação de desequilíbrio manifesto. No seu acórdão no processo *Bundeskartellamt*, o TJUE declarou que a existência de uma posição dominante «é suscetível de criar um desequilíbrio manifesto»⁹⁴. O Tribunal declarou também que uma posição dominante constitui «um elemento importante» para essa determinação⁹⁵.
102. O termo «posição dominante» está bem estabelecido no direito da concorrência da UE. Os responsáveis pelo tratamento de plataformas em linha de grande dimensão poderão entender que as considerações utilizadas para determinar a posição dominante de uma empresa são úteis para determinar a existência de um desequilíbrio manifesto de poder. Estas considerações incluem a definição do mercado relevante (como o mercado do produto e o mercado geográfico) e a identificação da quota de mercado, bem como das barreiras à entrada ou à expansão⁹⁶.
103. Além disso, nas suas conclusões no processo, o advogado-geral declarou que um responsável pelo tratamento não necessita de ter uma «posição dominante» na aceção do artigo 102.º do TFUE para que o seu poder de mercado seja considerado pertinente do ponto de vista da aplicação do RGPD⁹⁷. O CEPD partilha o ponto de vista do advogado-geral sobre este aspeto.
104. Porém, importa recordar que o TJUE declarou que a validade do consentimento do titular dos dados deve ser determinada à luz dos considerandos, do artigo 4.º, n.º 11, e do artigo 7.º do RGPD. Além disso, as regras relativas ao consentimento válido visam assegurar que os titulares dos dados gozem de autonomia e de liberdade de escolha. Do ponto de vista do CEPD, os responsáveis pelo tratamento devem avaliar, caso a caso, se existe limitação da liberdade de escolha dos titulares dos dados. Se bem que pertinente para avaliar o desequilíbrio de poder, o facto de um responsável pelo tratamento ter ou não uma «posição dominante» não determina, por si só, a validade do consentimento.
105. Tendo em conta o que precede, pode concluir-se que, consoante as circunstâncias do caso concreto, podem existir situações em que, sem que se demonstre a existência de uma posição dominante, as autoridades de controlo possam concluir pela existência de um desequilíbrio manifesto na aceção do RGPD. A questão fundamental reside em determinar se a posição do responsável pelo tratamento no mercado, isoladamente ou em combinação com outros fatores, leva os titulares dos dados a sentir que não existem outros serviços alternativos realistas à sua disposição, tais como plataformas de partilha de vídeos, portais de candidatura a empregos ou plataformas de compra e venda de determinados bens e serviços.
106. Em termos mais gerais, e tal como recordado anteriormente na secção 4.1, em consonância com o princípio da lealdade, o equilíbrio de poder deve ser um objetivo fundamental da relação entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados: devem ser evitados desequilíbrios de poder ou, quando tal não for possível, tais desequilíbrios devem ser reconhecidos e devem ser tomadas as

⁹⁴ Acórdão do TJUE no processo *Bundeskartellamt*, n.º 149.

⁹⁵ Acórdão do TJUE no processo *Bundeskartellamt*, n.º 154.

⁹⁶ A Comunicação C/2024/1645 da Comissão apresenta uma metodologia geral para definir o mercado relevante. Ver também a Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), JO C 45 de 24.2.2009, p. 7, com a redação que lhe foi dada em 2023 (C/2023/1923, JO C 116 de 31.3.2023, p. 1).

⁹⁷ Conclusões do advogado-geral A. Rantos apresentadas em 20 de setembro de 2022, C-252/21, ECLI:EU:C:2022:704, n.º 75.

contramedidas adequadas⁹⁸. Tal visa garantir que o titular dos dados possa exercer uma verdadeira liberdade de escolha ao consentir o tratamento dos seus dados pessoais.

107. As considerações apresentadas na secção 4.2.1.2 são igualmente pertinentes para determinar a existência de um desequilíbrio manifesto. Efetivamente, no contexto das plataformas em linha de grande dimensão que aplicam modelos de «consentimento ou pagamento», existe uma forte ligação entre os critérios do «desequilíbrio de poder» e dos «prejuízos» aplicados para avaliar se o consentimento é dado de livre vontade.
108. Mais concretamente, tal como acima descrito, a existência de efeitos de rede ou de dependência pode tornar a escolha de outro serviço mais difícil ou irrealista para um utilizador. Nos casos em que a plataforma dispõe de uma base de utilizadores muito maior em comparação com as alternativas pertinentes, ou em que o utilizador tenha investido significativamente na plataforma, o utilizador pode sentir-se obrigado a depender da plataforma. Nestes casos, para o utilizador, pode ser irrealista escolher outro serviço ou pode ser difícil convencer os seus círculos sociais, profissionais ou políticos a mudar de um serviço para outro. Além disso, e tal como acima explicado, os efeitos de dependência podem fazer com que os conteúdos populares ou relevantes se centrem em torno de uma determinada plataforma, o que pode também influenciar o equilíbrio de poder em relação aos novos utilizadores que procuram aceder a esses conteúdos.
109. Justifica-se especial prudência em relação aos serviços que tenham construído uma grande base de utilizadores com uma oferta gratuita para todos os que os utilizassem. Tais serviços podem ter atraído um grande número de utilizadores sem vontade ou capacidade para pagar uma taxa e que aderiram ao serviço confiando que o mesmo não teria um impacto financeiro. Ao longo do tempo, os utilizadores podem ter aumentado a sua dependência do serviço devido, nomeadamente, aos efeitos de rede e de dependência. Se esse serviço começar posteriormente a confrontar os utilizadores com uma escolha entre o tratamento dos seus dados pessoais e o pagamento de uma taxa, tal poderá ser considerado um exemplo de aproveitamento de uma situação de desequilíbrio manifesto desfavorável aos utilizadores, dado que estes não deverão poder exercer a liberdade de escolha nesta situação.
110. Outro fator importante na avaliação do desequilíbrio é a medida em que o titular dos dados **depende do serviço** prestado. O sentimento de ter uma verdadeira liberdade de escolha é limitado se o titular dos dados considerar o serviço essencial, por exemplo, para procurar emprego, aceder a informações fundamentais para a sua vida quotidiana ou participar no debate público⁹⁹.
111. Além disso, o **público-alvo ou dominante** da plataforma é um elemento a ter em conta. Por exemplo, se a plataforma, através da conceção ou comercialização do serviço, for direcionada principalmente para crianças, ou for utilizada sobretudo por crianças ou outras pessoas vulneráveis, tal poderá também conduzir a um desequilíbrio manifesto entre o responsável pelo tratamento e os titulares dos dados¹⁰⁰.

⁹⁸ Orientações do CEPD relativas à proteção de dados desde a conceção e por defeito, ponto 70.

⁹⁹ Nestes casos, o titular dos dados pode sentir-se obrigado a aceitar o seguimento. O CEPD declarou anteriormente que o consentimento só pode ser válido se não existirem elementos de coação ou pressão. Ver as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 24.

¹⁰⁰ A este respeito, o CEPD recorda que, nos termos do Regulamento dos Serviços Digitais, os operadores de plataformas em linha não podem exibir anúncios publicitários na sua interface com base na definição de perfis, tal como definida no artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2016/679, utilizando dados pessoais do destinatário do serviço se tiverem conhecimento, com uma certeza razoável, de que o destinatário do serviço é um menor. Ver o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento dos Serviços Digitais.

112. Os exemplos acima são exemplos de elementos que, quando presentes, podem criar uma situação de desequilíbrio de poder na relação entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento.
113. No entanto, um responsável pelo tratamento pode alegar que os titulares dos dados não são obrigados a dar o seu consentimento ou a pagar uma taxa. Podem optar por não utilizar o serviço, ou utilizar outro que não trate os dados pessoais da mesma forma que o responsável pelo tratamento. Em primeiro lugar, os elementos acima descritos podem resultar numa situação em que não exista uma verdadeira opção prática que permita aos utilizadores recusarem a utilização do serviço. Em segundo lugar, tal como referido na secção 4.2.1.4.1, nas suas Diretrizes relativas ao consentimento, o CEPD considerou que o consentimento não pode ser considerado livre apenas por existir outro serviço semelhante, prestado por um responsável pelo tratamento diferente, que não implica o consentimento do tratamento de dados pessoais para fins complementares¹⁰¹.

4.2.1.4 Condicionalidade

114. Nos termos do artigo 7.º, n.º 4, do RGPD, ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se os titulares dos dados são solicitados a consentir atividades de tratamento que não sejam objetivamente necessárias para a execução do contrato¹⁰² para terem acesso ao serviço¹⁰³.
115. Nas suas Diretrizes relativas ao consentimento, o CEPD considerou que o responsável pelo tratamento pode alegar que oferece aos titulares dos dados uma verdadeira escolha se estes puderem optar entre uma versão do serviço que inclua o consentimento para utilização dos dados pessoais para fins complementares, por um lado, e uma versão equivalente do serviço oferecida pelo mesmo responsável pelo tratamento que não envolva o consentimento para a utilização dos dados para fins complementares, por outro, e que havendo a possibilidade de o serviço ser prestado sem o consentimento para a outra utilização dos dados em causa, não existe um serviço sujeito a condicionalidade¹⁰⁴.
116. Recentemente, no seu acórdão no processo Bundeskartellamt, o TJUE declarou que, quando as operações de tratamento de dados não são estritamente necessárias para a execução do contrato, os utilizadores devem ser livres de recusar o consentimento para essas operações de tratamento sem ser obrigados a renunciar integralmente à utilização do serviço¹⁰⁵. A este respeito, o acórdão do TJUE

¹⁰¹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 38.

¹⁰² Diretrizes 2/2019 do CEPD sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, versão 2.0, adotadas em 8 de outubro de 2019 (a seguir designadas por «Diretrizes do CEPD sobre o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD»), pontos 30 a 33.

¹⁰³ Ver também, a este respeito, o considerando 43 do RGPD e as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 25 a 41.

¹⁰⁴ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 37.

¹⁰⁵ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 150. No n.º 102, na secção que trata da questão da aplicabilidade do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), como fundamento jurídico para o tratamento, o TJUE declara também que a personalização dos conteúdos é «útil para o utilizador», mas «não se afigura necessária para proporcionar a esse utilizador os serviços da rede social em linha», pelo que esses serviços «podem, eventualmente, ser-lhe prestados sob a forma de uma alternativa equivalente que não implique essa personalização, pelo que esta última não é objetivamente indispensável a uma finalidade que faça parte integrante dos mesmos serviços».

menção a obrigação de propor «uma alternativa equivalente não acompanhada de tais operações de tratamento de dados» («sendo caso disso mediante uma remuneração adequada»)¹⁰⁶.

117. Esta declaração do TJUE indica que, em princípio, os modelos de «consentimento ou pagamento» não são proibidos. Ao mesmo tempo, o Tribunal não forneceu mais pormenores sobre o significado das expressões «alternativa equivalente» e «sendo caso disso mediante uma remuneração adequada». Por conseguinte, o CEPD pretende clarificar que a sua interpretação desta parte do acórdão é a de que os titulares dos dados que optem por não dar o seu consentimento devem dispor de uma «alternativa equivalente», a qual pode evitar que os titulares dos dados sejam confrontados com uma situação de condicionalidade conducente a um consentimento inválido. A este respeito, ver o ponto 73.
118. No entanto, esta declaração do TJUE aborda sobretudo o aspeto da condicionalidade. Os responsáveis pelo tratamento devem assegurar a satisfação de todas as condições para que o consentimento seja dado livremente e, de um modo geral, seja válido. Por conseguinte, será sempre necessário proceder a uma avaliação caso a caso para determinar se o consentimento é válido.

4.2.1.4.1 *Oferta de uma «alternativa equivalente»*

119. O CEPD pretende estabelecer critérios que possam contribuir para determinar se uma versão alternativa do serviço deve ser considerada equivalente à versão do serviço prestado sob condição de consentir o tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental (na presente secção designada por «**versão com publicidade comportamental**»). A este respeito, o CEPD sublinhou que «os dois serviços têm de ser genuinamente equivalentes»¹⁰⁷.
120. O CEPD afirmou que o consentimento não pode ser considerado livre se o responsável pelo tratamento alegar que existe uma escolha entre o seu serviço (que inclui o consentimento para a utilização dos dados pessoais para fins complementares) e um serviço equivalente oferecido por um responsável pelo tratamento diferente, visto que a liberdade de escolha dependeria daquilo que fizessem os outros intervenientes no mercado e de o titular dos dados considerar os serviços do outro responsável pelo tratamento genuinamente equivalentes ou não¹⁰⁸. Por conseguinte, neste contexto, o presente parecer refere-se a uma **versão alternativa do serviço em causa oferecida pelo mesmo responsável pelo tratamento** e que não implique o consentimento do tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental (na presente secção designada por «**versão alternativa**»).
121. Se apenas diferir da versão com publicidade comportamental na medida do necessário para que o responsável pelo tratamento não possa tratar dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, a versão alternativa pode, em princípio, ser considerada equivalente.
122. Noutros casos, tomando a versão com publicidade comportamental como ponto de partida, a avaliação pode depender do facto de a versão alternativa incluir ou não, no essencial, os mesmos elementos e funções. Embora exista equivalência se a versão alternativa incluir, em princípio, as mesmas funcionalidades e funções (equivalência funcional), a versão alternativa e a versão com publicidade comportamental não têm de ser absolutamente idênticas.
123. Se, em comparação com a versão com publicidade comportamental, não tiver uma qualidade diferente ou inferior e não suprimir funções (a menos que as eventuais alterações sejam uma consequência

¹⁰⁶ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 150.

¹⁰⁷ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 37.

¹⁰⁸ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 38.

direta de o responsável pelo tratamento não poder tratar dados pessoais para os fins para que solicitou o consentimento)¹⁰⁹, haverá a probabilidade de a versão alternativa ser considerada verdadeiramente equivalente à versão com publicidade comportamental.

124. Quanto mais diferir da versão com publicidade comportamental, menos provável será que a versão alternativa seja considerada verdadeiramente equivalente, embora esta avaliação deva continuar a ser efetuada caso a caso.
125. A equivalência – na aceção de «ter o mesmo valor» – aponta em dois sentidos. Por um lado, tal como acima indicado, se a versão alternativa fosse de qualidade inferior ou menos rica em funcionalidades do que a versão com publicidade comportamental, os utilizadores não teriam uma verdadeira escolha.
126. Por outro lado, a possibilidade de incluir funcionalidades adicionais na versão alternativa deve ser avaliada com prudência, visto ser necessário manter uma verdadeira equivalência, tal como acima descrita, entre as versões do serviço e dar aos utilizadores a possibilidade de exercerem uma verdadeira escolha.
127. Igualmente importante, o TJUE alude à proposta de uma alternativa equivalente «**não acompanhada de tais operações de tratamento de dados**»¹¹⁰, ou seja, das operações de tratamento de dados que não são necessárias para a prestação do serviço e que dependem do consentimento. Por conseguinte, dado não ser necessário para a prestação do serviço e depender do consentimento, o tratamento para efeitos de publicidade comportamental tem de ser suprimido da versão alternativa. O CEPD gostaria de recordar que tal tratamento não se limita a exibir anúncios personalizados aos titulares dos dados com base no seu perfil, tal como indica a definição de publicidade comportamental constante da secção 2.1.2. Pelo contrário, prende-se também com as diferentes atividades de tratamento que os responsáveis pelo tratamento realizam para efeitos de publicidade comportamental, cujo ponto de partida é o seguimento inicial dos utilizadores para esse fim. Por conseguinte, a versão alternativa deve, em princípio, suprimir também as operações de tratamento que seriam efetuadas a título de condição prévia do tratamento para efeitos de publicidade comportamental¹¹¹.
128. No entanto, o CEPD salienta que, caso os responsáveis pelo tratamento realizem, no âmbito da versão alternativa, o seguimento para outros efeitos que não a publicidade comportamental, por exemplo, para efeitos de segurança, essas operações de tratamento não têm necessariamente de ser suprimidas, desde que cumpram integralmente os requisitos estabelecidos no RGPD, nomeadamente a necessidade de ter por base um fundamento jurídico adequado nos termos do artigo 6.º do RGPD e do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva Privacidade Eletrónica.
129. Além disso, tal como se salienta na secção 4.2.2 sobre o «consentimento dado com conhecimento de causa», o respeito pelos princípios da transparência e da lealdade¹¹² e o cumprimento das obrigações de transparência são igualmente fundamentais para assegurar que o utilizador disponha de uma

¹⁰⁹ Ver também os considerandos 36 e 37 do Regulamento dos Mercados Digitais: este regulamento fornece orientações sobre as condições de equivalência de um serviço, indicando que a «alternativa menos personalizada não deverá ser diferente ou de qualidade inferior em comparação com o serviço prestado aos utilizadores finais que deem o seu consentimento». Embora o Regulamento dos Mercados Digitais seja neutro quanto à natureza do que poderia ser uma alternativa «menos personalizada», os princípios estabelecidos são úteis no contexto em causa. Ver também a secção 4.2.1.2 («Prejuízos»).

¹¹⁰ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 150.

¹¹¹ Estas operações podem incluir a observação do comportamento do utilizador e a recolha dos dados pessoais necessários à publicidade comportamental.

¹¹² Ver o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RGPD.

verdadeira escolha. Deste modo, o utilizador deve estar em condições de comparar cabalmente todas as opções alternativas oferecidas pelo responsável pelo tratamento. Deve compreender as implicações quer do consentimento do tratamento para efeitos de publicidade comportamental, conducente à versão com publicidade comportamental, quer da escolha da versão alternativa. O utilizador deve também ser capaz de compreender as consequências da sua escolha no que toca às operações de tratamento de dados efetuadas em cada caso e aos pormenores das opções alternativas oferecidas.

4.2.1.4.2 «Sendo caso disso mediante uma remuneração adequada»

130. O CEPD gostaria de recordar, antes de mais, que **os dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria comercializável**¹¹³. O direito à proteção de dados está consagrado, nomeadamente, no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais e é um direito aplicável a todos, independentemente do pagamento ou da situação financeira.
131. Embora a versão inglesa do acórdão do Tribunal de Justiça indique que, «*if necessary*» (traduzido literalmente, «se necessário»), pode ser imposta uma remuneração adequada aos utilizadores que recusem o consentimento, as outras versões linguísticas empregam uma terminologia diferente para este elemento da apreciação. Por exemplo, a versão francesa utiliza a expressão «*le cas échéant*» e a versão alemã a palavra «*gegebenfalls*». O CEPD considera **que devem existir determinadas circunstâncias para a imposição de uma taxa**, tendo em conta tanto as alternativas possíveis à publicidade comportamental que impliquem o tratamento de menos dados pessoais como a posição dos titulares dos dados. Tal é sugerido pelos **termos «sendo caso disso» e «adequada»**, que, não obstante, não devem ser interpretados no sentido de exigirem que a imposição de uma taxa seja «necessária» na aceção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta e do direito da UE em matéria de proteção de dados. Esta formulação deve ser entendida de forma compatível com as diferentes versões linguísticas do acórdão.
132. Por outras palavras, **os responsáveis pelo tratamento devem avaliar, caso a caso, a adequação ou não da taxa e o valor adequado às circunstâncias em causa, tendo presentes os requisitos do consentimento válido nos termos do RGPD, bem como a necessidade de impedir que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja transformado numa funcionalidade que os titulares de dados tenham de pagar para dela usufruir, ou numa funcionalidade *premium* reservada aos ricos ou abastados**.
133. Embora o acórdão no processo Bundeskartellamt não especifique os elementos nos quais a avaliação da adequação deve basear-se, o CEPD recorda que a questão do que constitui o consentimento válido é uma avaliação da legislação em matéria de proteção de dados. Tal implica que **a avaliação do consentimento válido deva assentar nos princípios em matéria de proteção de dados e nos objetivos fixados pelo RGPD**.
134. Quando oferecem um serviço pago em alternativa a um serviço com publicidade comportamental baseada no tratamento de dados pessoais que necessite de consentimento, os responsáveis pelo tratamento devem, nomeadamente, **assegurar que a taxa não impeça os titulares dos dados de recusar nem os obrigue a dar o seu consentimento**. Os responsáveis pelo tratamento devem avaliar se estão a oferecer uma **verdadeira escolha aos titulares dos dados e se não estão a incentivá-los a dar o seu consentimento**. A imposição de uma taxa deve respeitar a **autonomia** dos titulares dos dados, os quais devem poder exercer uma verdadeira escolha entre dar ou não o consentimento. Os

¹¹³ Diretrizes do CEPD sobre o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, ponto 54; Diretiva (UE) 2019/770, considerando 24.

responsáveis pelo tratamento devem avaliar se a taxa cobrada pela sua versão paga do serviço permite que os titulares dos dados deem um consentimento válido para o tratamento dos seus dados pessoais numa versão do serviço que inclua a publicidade comportamental.

135. Ao determinar se a taxa é suscetível de prejudicar a capacidade de consentimento do titular dos dados, os responsáveis pelo tratamento devem ter em especial atenção os princípios da proteção de dados previstos no artigo 5.º do RGPD. A **lealdade** deve constituir um princípio orientador¹¹⁴ da determinação daquilo que, no caso concreto, constitui uma taxa adequada. Dado reforçar a liberdade de escolha dos utilizadores, a oferta de outras opções aos titulares dos dados, já abordada na secção 4.2.1.1, torna mais fácil justificar a adequação da taxa de acesso ao serviço imposta aos utilizadores que recusam o consentimento.
136. O **princípio da responsabilidade** previsto no artigo 5.º, n.º 2, do RGPD é, neste contexto, fundamental. As empresas são livres de fixar os seus próprios preços e de escolher a forma como os seus modelos de receitas são estruturados, mas este direito deve ser contrabalançado com o direito fundamental das pessoas à proteção dos seus dados pessoais. O princípio da responsabilidade implica que os responsáveis pelo tratamento devam assegurar e documentar que o consentimento é dado de livre vontade se cobrarem uma taxa pelo acesso à versão do serviço que não implique publicidade comportamental. Para demonstrar que a imposição da taxa não prejudica de forma efetiva a possibilidade de dar o consentimento de livre vontade na situação em apreço, os responsáveis pelo tratamento devem documentar as suas escolhas e avaliar se uma determinada taxa é adequada ao caso concreto.
137. Tal como recordado no ponto 32, **as autoridades de controlo são responsáveis pela execução da aplicação do RGPD, nomeadamente dos requisitos relativos ao consentimento válido**. O que pode também respeitar ao impacto de uma taxa na liberdade de escolha dos titulares dos dados. Embora caiba aos responsáveis pelo tratamento fixar o montante de uma taxa, se constatarem que o consentimento não é dado livremente ou que o princípio da responsabilidade não foi respeitado, as autoridades de controlo podem intervir e impor medidas corretivas. Neste sentido, as autoridades de controlo são competentes para analisar ou apreciar a avaliação da adequação levada a cabo pelos responsáveis pelo tratamento. Cabe às autoridades de controlo averiguar em que medida é adequado examinar esta questão¹¹⁵.
138. O CEPD sublinha que cabe às autoridades de controlo executar a aplicação do RGPD. Avaliar se o consentimento é válido e dado de livre vontade não é uma atribuição passível de externalização. No entanto, existem muitas circunstâncias em que as autoridades de controlo podem beneficiar com a consulta de autoridades competentes noutros domínios do direito, designadamente as autoridades de defesa do consumidor e da concorrência, em consonância com o princípio da cooperação leal previsto no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, como recentemente sublinhou o TJUE¹¹⁶. Se pertinente, as autoridades de controlo podem optar por consultar essas autoridades no exercício das suas funções. A consulta dessas

¹¹⁴ A este respeito, ver as Orientações do CEPD relativas ao artigo 25.º – Proteção de Dados desde a Conceção e por Defeito, Versão 2.0, ponto 70.

¹¹⁵ Ver o artigo 57.º, n.º 1, alínea f), do RGPD, igualmente pertinente para as investigações *ex officio*.

¹¹⁶ Acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 53: «Por força deste princípio, segundo jurisprudência constante, nos domínios abrangidos pelo direito da União, os Estados-Membros, incluindo as suas autoridades administrativas, devem respeitar-se e assistir-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados, tomar todas as medidas adequadas para garantir a execução das obrigações resultantes, nomeadamente, dos atos das instituições da União, bem como abster-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União».

autoridades pode ser obrigatória por lei quando as autoridades de controlo apliquem ou interpretem domínios do direito da UE sujeitos à supervisão de outras autoridades.

4.2.1.5 Granularidade

139. Outra das condições relativas ao consentimento dado livremente reside na granularidade. A granularidade é um elemento fundamental para avaliar a separação suficiente das finalidades. Quando confrontado com um modelo de «consentimento ou pagamento», o titular dos dados, em vez de ter de consentir um conjunto de finalidades de tratamento, deve ser livre de escolher a(s) finalidade(s) específica(s) que aceita. No RGPD, a referência à granularidade consta do considerando 43, no qual se esclarece que se presume que o consentimento não é dado de livre vontade se o pedido de consentimento não permitir que os titulares dos dados consentam separadamente diferentes finalidades de tratamento¹¹⁷. Tal como se trata mais adiante na secção 4.2.3¹¹⁸, a granularidade está estreitamente relacionada com o requisito da especificidade do consentimento. Conforme declarado anteriormente pelo CEPD, «[q]uando o tratamento dos dados for realizado procurando alcançar várias finalidades, a solução para satisfazer as condições inerentes a um consentimento válido passa pela granularidade, ou seja, a separação dessas finalidades e a obtenção de consentimento para cada uma das delas»¹¹⁹.
140. A granularidade do consentimento em relação à publicidade comportamental das plataformas em linha de grande dimensão merece especial atenção, porquanto as dinâmicas complexas em jogo colocam desafios significativos. Neste contexto, deve observar-se que as plataformas em linha envolvidas na publicidade comportamental utilizam infraestruturas tecnicamente avançadas, muitas vezes fazendo parte de um ecossistema digital em que vários pontos de dados provenientes de diferentes fontes são, muito provavelmente, combinados, analisados e, eventualmente, sujeitos a licitação em tempo real. Tendo em conta estas diferentes dinâmicas, os responsáveis pelo tratamento não podem exigir dos titulares de dados um consentimento generalizado para uma série de finalidades diferentes, por exemplo, personalização de conteúdos, personalização de anúncios publicitários, desenvolvimento de serviços, melhoria dos serviços e medição de audiências. Neste sentido, o CEPD recorda que os titulares dos dados devem ser livres de escolher a finalidade que aceitam, em vez de serem confrontado com um pedido de consentimento que agrupa várias finalidades. Sobre este aspeto, a tónica deve ser colocada na diferenciação entre as finalidades relacionadas com a funcionalidade do serviço e as finalidades associadas à publicidade comportamental, e as operações de tratamento que as mesmas acompanham¹²⁰. Neste caso, são igualmente pertinentes as considerações tecidas a este respeito nas secções 4.2.2 e 4.2.3 sobre o consentimento dado com conhecimento de causa e o consentimento específico, respetivamente.

¹¹⁷ O considerando 32 do RGPD estabelece que «[o] consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins».

¹¹⁸ Ver as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 42 e 55.

¹¹⁹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 44.

¹²⁰ Essa finalidade pode também envolver operações técnicas de tratamento intrinsecamente ligadas à finalidade publicitária, como a limitação da frequência ou a medição da eficácia das campanhas de publicidade. Ver a resposta do CEPD à iniciativa da Comissão para um compromisso voluntário das empresas com vista a simplificar a gestão dos testemunhos de conexão e das escolhas publicitárias personalizadas por parte dos consumidores, p. 7 do anexo.

4.2.2 Consentimento dado com conhecimento de causa

141. O considerando 42 do RGPD define de forma explícita o consentimento dado com conhecimento de causa: «[p]ara que o consentimento seja dado com conhecimento de causa, o titular dos dados deverá conhecer, pelo menos, a identidade do responsável pelo tratamento e as finalidades a que o tratamento se destina».
142. Para que os titulares dos dados possam tomar decisões informadas e compreender o que estão a aceitar, é essencial que lhes sejam prestadas informações **antes da obtenção do seu consentimento**. Se o responsável pelo tratamento não fornecer informações acessíveis, o controlo do utilizador torna-se ilusório e o consentimento não será válido.
143. Por conseguinte, é necessário informar o titular dos dados de determinados elementos fundamentais para uma verdadeira escolha. Consoante o contexto, poderão ser necessárias mais informações para que o titular dos dados possa **compreender verdadeiramente as operações de tratamento** em causa¹²¹.
144. Uma vez que a condição do consentimento dado com conhecimento de causa está também relacionada com os princípios gerais da transparência, da lealdade e da responsabilidade, estes princípios devem ser tidos em conta na apreciação dos modelos de «consentimento ou pagamento» (ver a secção 4.1). Além disso, no que respeita às condições do consentimento dado com conhecimento de causa e do consentimento específico relativo ao nível e à qualidade das informações a fornecer ao titular dos dados, as secções 4.2.2 e 4.2.3 do presente parecer devem ser entendidas como complementares.

4.2.2.1 Requisitos mínimos para o consentimento ser dado com conhecimento de causa

145. No contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento», as plataformas em linha de grande dimensão devem determinar que informações devem ser fornecidas aos titulares dos dados sobre o tratamento dos seus dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental. Em geral, em virtude do princípio da responsabilidade, cabe aos responsáveis pelo tratamento criar e documentar um processo de informação que permita que os titulares dos dados tenham uma compreensão completa e clara do valor, do âmbito e das consequências das suas possibilidades de escolha.
146. Ao utilizar a expressão «pelo menos», o considerando 42 do RGPD não fornece uma lista exaustiva de informações a transmitir ao titular dos dados para garantir um consentimento dado com conhecimento de causa. A identidade do responsável pelo tratamento e a descrição das finalidades das atividades de tratamento constituem requisitos mínimos. Tais requisitos devem ser adaptados caso a caso, em função das atividades de tratamento planeadas pelo responsável pelo tratamento¹²².
147. A formulação «o titular dos dados deverá conhecer» incumbe o responsável pelo tratamento de assegurar que os utilizadores compreendam o tratamento de dados que será efetuado pelo primeiro

¹²¹ O CEPD observa que o TJUE proferiu um acórdão no qual precisa que tal informação «deve permitir à referida pessoa determinar facilmente as consequências do consentimento que possa vir a dar» e «garantir que esse consentimento seja dado com pleno conhecimento de causa». Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2020, Orange Romania/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, n.º 40.

¹²² Sobre os requisitos mínimos de conteúdo para um consentimento «informado», ver a secção 3.3.1 das Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento.

quando começarem a utilizar o serviço. Tal inclui a obrigação de informar os utilizadores sobre as atividades de tratamento realizadas em segundo plano e das quais possam não ter conhecimento. Se não forem fornecidas as informações adequadas, poderá ocorrer uma assimetria de informação e os titulares dos dados poderão não conseguir antever como serão tratados os seus dados pessoais¹²³. As plataformas em linha de grande dimensão devem assegurar que os titulares dos dados tenham uma compreensão clara das atividades de tratamento e de quaisquer alterações que as afetem, por exemplo, se adotarem um modelo de «consentimento ou pagamento».

148. No contexto da publicidade comportamental, importa fornecer informações suficientemente granulares para que os titulares dos dados possam compreender que aspetos do serviço estão a consentir, mantendo a possibilidade de recusar o consentimento de outros. O fornecimento de informações granulares que permitam aos titulares dos dados distinguir entre as diferentes finalidades do tratamento constitui um requisito para um consentimento válido. A este respeito, as plataformas em linha de grande dimensão não devem exigir aos titulares dos dados que deem o seu consentimento para atividades de tratamento cuja finalidade não seja adequadamente definida ou seja ambígua. Por exemplo, do ponto de vista do titular dos dados, deve ser claro para que finalidades são recolhidos os seus dados, quais os dados recolhidos para cada uma dessas finalidades e porquê¹²⁴. As plataformas em linha de grande dimensão não devem definir a finalidade da atividade de tratamento em termos demasiado latos, para que o titular dos dados compreenda as consequências da sua escolha (por exemplo, «finalidades comerciais» ou «personalização»). A este respeito, são igualmente pertinentes as considerações apresentadas na secção 4.2.3 sobre os requisitos relativos ao consentimento específico.
149. As plataformas em linha de grande dimensão devem descrever de forma correta e completa a finalidade para a qual o consentimento é obtido. Por exemplo, as plataformas em linha de grande dimensão não podem limitar a descrição da finalidade do tratamento às vantagens proporcionadas aos titulares dos dados (por exemplo, uma experiência mais personalizada) se esse tratamento implicar também outras consequências para os mesmos (por exemplo, definição de perfis, seguimento intrusivo, etc.).
150. No contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento», as escolhas apresentadas aos titulares dos dados têm de ser conformes com as informações que lhes são fornecidas. Tem de ser claro para o titular dos dados o que estaria exatamente a pagar com uma taxa e de que forma isso afetaria o tratamento de dados em causa. Caso sejam fornecidas informações sobre os modelos de negócio do responsável pelo tratamento em cada uma das opções, essas informações não devem substituir as respeitantes ao tratamento dos dados pessoais.
151. Além disso, a publicidade comportamental envolve necessariamente a definição de perfis baseados nas atividades em linha do titular dos dados e implica frequentemente a utilização de dados pessoais obtidos indiretamente junto do mesmo. O processo de definição de perfis consiste em interações e intercâmbios de dados muitas vezes opacos entre o responsável pelo tratamento e terceiros. Esta opacidade pode ocorrer, por exemplo, na utilização cruzada de dados na plataforma e fora dela. Para

¹²³ A este respeito, o CEPD observa que o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, JO C 526 de 29.12.2021, p. 1) estabelece a obrigação de as empresas fornecerem todas as informações de que o consumidor médio necessita para tomar uma decisão esclarecida.

¹²⁴ Ver as Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, secção «Requisitos mínimos de conteúdo para um consentimento “informado”», pontos 64 e 65.

efeitos de definição de perfis, as plataformas em linha de grande dimensão podem tratar dados pessoais recolhidos tanto na plataforma como fora dela. Cabe aos responsáveis pelo tratamento assegurar que os titulares dos dados compreendam as técnicas envolvidas nos processos de definição de perfis¹²⁵. Neste contexto, o considerando 60 do RGPD estabelece que a prestação de informações sobre a definição de perfis faz parte das obrigações de transparência do responsável pelo tratamento nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do mesmo regulamento.

152. Os responsáveis pelo tratamento devem fornecer informações adequadas sobre cada versão do serviço que oferecem, nomeadamente nos casos em que uma ou mais delas não exijam o consentimento para efeitos de publicidade comportamental. O mesmo se aplica à alternativa gratuita sem publicidade comportamental (ver a secção 4.2.1.1). Em cada uma das opções, o responsável pelo tratamento deve ser transparente quanto à base jurídica em que assenta o tratamento dos dados pessoais dos titulares dos dados.
153. Ao fornecerem informações aos titulares dos dados, as plataformas em linha de grande dimensão devem ter em especial atenção os seguintes elementos:
- se for caso disso, os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais,
 - se for caso disso, o facto de o responsável pelo tratamento tencionar transferir dados pessoais para um país terceiro e o prazo de conservação dos dados pessoais,
 - a recolha e o tratamento dos dados conservados pelo responsável pelo tratamento, independentemente de o titular dos dados optar por consentir a publicidade comportamental,
 - o direito do titular dos dados de retirar o seu consentimento a qualquer momento e as consequências dessa retirada e
 - a combinação ou utilização cruzada de dados, ou seja, se e em que medida os dados são fundidos com dados recolhidos por outros serviços (do mesmo responsável pelo tratamento) e com dados recolhidos por outros responsáveis pelo tratamento.

4.2.2.2 *Como prestar informações*

4.2.2.2.1 *Momento e apresentação da comunicação*

154. As plataformas em linha de grande dimensão devem fornecer informações completas antes do início do tratamento de dados para efeitos de publicidade comportamental. Podem, por exemplo, apresentar um breve resumo das diferenças entre cada opção oferecida no modelo «consentimento ou pagamento» e, em seguida, fornecer informações completas e pormenorizadas para cada opção, através de botões distintos e separados para cada uma delas.
155. As recomendações incluídas nas Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos nas interfaces de plataformas de redes sociais são pertinentes para definir a forma como as informações

¹²⁵ Orientações do GT29 sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, WP 251, rev. 1, adotadas em 3 de outubro de 2017, com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, aprovadas pelo CEPD em 25 de maio de 2018 (a seguir designadas por «Orientações do GT29 sobre as decisões individuais automatizadas»), p. 10.

devem ser comunicadas aos titulares dos dados¹²⁶. Além disso, os titulares dos dados devem dispor de tempo suficiente para assimilar as informações que recebem¹²⁷.

4.2.2.2.2 *Requisitos de transparência*

156. As plataformas em linha de grande dimensão que aplicam um modelo de «consentimento ou pagamento» devem ter em conta as Orientações relativas à transparência na aceção do RGPD¹²⁸.
157. No que diz respeito à linguagem em que são fornecidas as informações, os elementos «concisa» e «linguagem clara e simples» exigem que o responsável pelo tratamento adapte a linguagem aos titulares dos dados¹²⁹. Dito de outro modo, as informações devem ser fornecidas de uma forma clara e inteligível para o público-alvo.
158. A fim de satisfazer estes requisitos de transparência, o responsável pelo tratamento deve avaliar o tipo de público a que presta serviços. Após identificarem o seu público, os responsáveis pelo tratamento devem determinar a linguagem e a abordagem de comunicação adequadas. Ao fazê-lo, devem certificar-se de que o seu público compreende o serviço e a forma como a utilização do mesmo afeta os seus dados pessoais.
159. A redação deve identificar claramente as consequências da escolha do titular dos dados para o tratamento dos seus dados pessoais¹³⁰. Por exemplo, o responsável pelo tratamento deve explicar ao titular dos dados que a sua escolha determinará não só a presença ou ausência de publicidade, mas também se, e em que medida, o responsável pelo tratamento tratará os dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental.
160. Os responsáveis pelo tratamento podem utilizar diferentes canais de informação, consoante o tipo de plataforma em linha disponibilizada. Por exemplo, as informações podem ser fornecidas aos titulares dos dados através de vídeos que expliquem as diferenças entre as alternativas ou de páginas interativas com exemplos de como será o serviço nas diferentes opções. Os responsáveis pelo tratamento podem equacionar a realização de testes com utilizadores para identificar o canal de informação mais adequado.

4.2.3 *Consentimento específico*

161. O artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD estabelece que o consentimento deve ser dado para «uma ou mais finalidades específicas». O requisito de que o consentimento seja «específico» está estreitamente ligado aos requisitos de que o consentimento seja também «dado com conhecimento de causa» e «granular». Para que o consentimento seja específico, as plataformas em linha de grande dimensão devem definir uma finalidade específica, explícita e legítima para as atividades de tratamento que

¹²⁶ Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos.

¹²⁷ A este respeito, ver também as Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos, pontos 43 a 48.

¹²⁸ Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679, WP 260, rev. 01, adotadas em 29 de novembro de 2017, com a última redação revista e adotada em 11 de abril de 2018, aprovadas pelo CEPD em 25 de maio de 2018 (a seguir designadas por «Orientações do GT29 relativas à transparência»).

¹²⁹ As Orientações do GT29 relativas à transparência, no ponto 13, referem que «[d]eve ser disponibilizada uma tradução para uma ou mais línguas quando os alvos dos responsáveis pelo tratamento são titulares de dados que falam essas línguas».

¹³⁰ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 70.

necessitam do consentimento, bem como fornecer informações suficientes aos titulares dos dados sobre essas atividades de tratamento¹³¹. Deve evitar-se o alargamento ou a diluição progressiva das finalidades (o denominado «desvirtuamento da função»), uma vez que tal prejudicaria e contrariaria o princípio da limitação das finalidades¹³².

162. Tendo em conta o complexo sistema de atividades de tratamento de dados subjacente à publicidade comportamental, as plataformas em linha de grande dimensão devem definir e delimitar com precisão as finalidades das suas atividades de tratamento. O responsável pelo tratamento tem de apresentar as finalidades da publicidade comportamental, de modo que o utilizador possa compreender quais as atividades de tratamento realizadas para cada finalidade e decidir se dá ou recusa o seu consentimento¹³³.
163. As plataformas em linha de grande dimensão devem avaliar e documentar, caso a caso, se a apresentação de publicidade comportamental implica o tratamento de dados pessoais para finalidades diferentes e a solicitação de consentimentos separados para essas finalidades¹³⁴. Ao invés, os processos técnicos eventualmente ligados de forma indissociável a uma única finalidade podem não necessitar de consentimentos separados¹³⁵. Devem também ser tidas em conta as considerações formuladas nas secções 4.2.1.5 (sobre a granularidade) e 4.2.2 (sobre o consentimento dado com conhecimento de causa).

4.2.4 Manifestação de vontade explícita

164. Para ser válido nos termos do artigo 4.º, n.º 11, do RGPD, o consentimento deve corresponder, nomeadamente, a uma manifestação de vontade «explícita» do titular dos dados, sob a forma de uma declaração ou de um «ato positivo inequívoco», que constitui a sua aceitação do tratamento dos «dados pessoais que lhe dizem respeito»¹³⁶, ou seja, tem de ser óbvio que o titular dos dados deu o consentimento para o tratamento em causa¹³⁷.
165. Os responsáveis pelo tratamento devem conceber atentamente a forma de solicitar o consentimento dos titulares dos dados, em especial se pretenderem recolher o consentimento para outras finalidades

¹³¹ Ver também o considerando 28, segundo o qual as finalidades devem «ser determinadas aquando da recolha dos dados». Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 56.

¹³² Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 56.

¹³³ Ver o Parecer 3/2013 do GT29 sobre a limitação da finalidade (WP 203), p. 16: «Por estas razões, uma finalidade que seja vaga ou geral, como por exemplo “melhorar a experiência dos utilizadores”, “para fins de comercialização”, “para fins de segurança das TI” ou “para investigação futura” geralmente, sem mais pormenores, não cumpre os critérios de ser “específica”.»

¹³⁴ Ver, por exemplo, o acórdão do TJUE no processo Bundeskartellamt, n.º 151: «[É] adequado (...) que possa ser dado um consentimento distinto para o tratamento destes últimos dados, por um lado, e dos dados off- Facebook, por outro.»

¹³⁵ Resposta do CEPD à iniciativa da Comissão para um compromisso voluntário das empresas com vista a simplificar a gestão dos testemunhos de conexão e das escolhas publicitárias personalizadas por parte dos consumidores, p. 7 (na qual se especifica: «Se um utilizador consentir o acesso ou o armazenamento de informações no seu equipamento terminal para uma finalidade publicitária bem descrita, essa finalidade poderá envolver operações técnicas de tratamento intrinsecamente ligadas à finalidade publicitária, como a utilização de testemunhos de conexão para a limitação da frequência ou a medição da eficácia das campanhas de publicidade. Essas operações técnicas de tratamento podem incluir o acesso ou o armazenamento de informações em equipamento terminal»).

¹³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de novembro de 2020, Orange Romania, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, n.º 36.

¹³⁷ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 75.

que não a publicidade comportamental (por exemplo, a melhoria do serviço ou a personalização de conteúdos). De um modo geral, não se pode considerar que os titulares dos dados estão a dar o seu consentimento inequívoco para todas as finalidades com um único ato, nos casos em que seria adequado que os titulares dos dados pudessem manifestar as suas preferências de forma mais pormenorizada.

166. No contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento», os utilizadores são solicitados a consentir determinadas atividades de tratamento para poderem aceder ao serviço sem pagar uma taxa. Quando um utilizador dá o seu consentimento para as atividades de tratamento que permitem aceder ao serviço a título gratuito, deve considerar-se que o utilizador está a dar o seu consentimento apenas para essas atividades de tratamento, tendo em conta os requisitos a satisfazer para que o consentimento seja «específico». Para que o consentimento seja considerado claramente dado para outras finalidades, estas devem ser selecionadas de forma ativa pelo utilizador.
167. Outras condições importantes para confirmar a existência de uma manifestação de vontade explícita passam pela não exposição do utilizador a modelos de conceção enganosos e pela apresentação equitativa das diferentes opções. A este respeito, o CEPD recorda igualmente as suas Diretrizes relativas aos modelos de conceção enganosos nas interfaces de plataformas de redes sociais¹³⁸.
168. Em relação aos modelos de «consentimento ou pagamento», importa, por exemplo, recordar que se os responsáveis pelo tratamento fornecerem informações ambíguas, os utilizadores podem ser induzidos em erro para dar o seu consentimento. É o que acontece se o consentimento for obtido através de expressões como «simplesmente continuar» ou «continuar sem pagamento»¹³⁹. Nestes casos, o não pagamento é destacado de tal forma que não é claro que a escolha da opção gratuita implica consentimento¹⁴⁰. Por conseguinte, para assegurar uma manifestação de vontade explícita, as perguntas devem ser formuladas de forma precisa e transparente, e o consentimento do tratamento de dados pessoais não deve ser apresentado como uma mera possibilidade de evitar o pagamento de uma taxa.

4.3 Elementos adicionais

4.3.1 Retirada do consentimento

169. O artigo 7.º, n.º 3, do RGPD estabelece que o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. Além disso, prevê que «[o] consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar»¹⁴¹. O requisito relativo à facilidade em retirar o consentimento constitui um aspeto necessário para um consentimento válido no RGPD¹⁴². Não existe uma solução específica para a aplicação destes requisitos. Assim, em geral, é necessário analisar, caso a caso, se existe uma opção

¹³⁸ Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos.

¹³⁹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 84.

¹⁴⁰ Ver as Diretrizes do CEPD relativas aos modelos de conceção enganosos, anexo I, lista de verificação do ponto 4.6.2.

¹⁴¹ A retirada do consentimento não tem de acontecer sempre através da mesma ação mas, se o consentimento for obtido por meios eletrónicos unicamente clicando no rato, deslizando o dedo ou pressionando uma tecla, os titulares dos dados devem, na prática, poder retirar esse consentimento de forma igualmente fácil. Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 113 e 114.

¹⁴² Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 116.

de retirada do consentimento facilmente acessível que cumpra os requisitos legais¹⁴³. Tal depende igualmente de a opção de retirada do consentimento ser clara e distintamente reconhecível e não ser apresentada com uma conceção enganosa ou manipuladora¹⁴⁴.

170. Antes de o consentimento ser efetivamente dado, o responsável pelo tratamento é obrigado a informar o titular dos dados do direito de retirar o seu consentimento¹⁴⁵. De igual modo, o responsável pelo tratamento deve informar os titulares dos dados sobre como podem exercer esse direito¹⁴⁶.
171. Os titulares dos dados devem poder retirar o seu consentimento sem ser prejudicados¹⁴⁷. Importa ressaltar que, caso um titular dos dados seja prejudicado por retirar o consentimento, pode concluir-se que o consentimento nunca foi obtido validamente, incumbindo ao responsável pelo tratamento apagar todos os dados pessoais do utilizador recolhidos com base nesse consentimento inválido¹⁴⁸.
172. No contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento» em apreço, há que distinguir, em primeiro lugar, o exercício do direito de retirada enquanto tal e a vontade do utilizador de continuar a utilizar o serviço após a retirada do consentimento. A fim de evitar transmitir a ideia de que a retirada do consentimento implicaria automaticamente uma assinatura paga, importa que sejam fornecidas informações transparentes e claramente reconhecíveis sobre a forma como o direito de retirada pode ser exercido. Nestes casos, o exercício do direito de retirada levará a que o utilizador seja novamente confrontado com a opção de consentir o tratamento para efeitos de publicidade comportamental ou subscrever uma assinatura paga (ou optar pela alternativa gratuita sem publicidade comportamental, se esta for oferecida). Esta consequência deve ter a mesma resposta do que a questão geral que visa determinar se os modelos de «consentimento ou pagamento» permitem uma liberdade de escolha. Deste modo, o critério para determinar a existência de prejuízos deve ser procurado nas explicações constantes da secção 4.2.1.2 («Prejuízos»). Se, num caso concreto, se considerar que existe liberdade de escolha, tal constatação deve aplicar-se igualmente à retirada do consentimento, a qual, de outro modo, resultaria sempre na nulidade do consentimento.
173. Independentemente disso, deve ficar claro que a decisão do utilizador de subscrever a versão paga do serviço, depois de, inicialmente, ter consentido o tratamento para efeitos de publicidade comportamental, constitui uma retirada do seu consentimento. Contrariamente, a cessação da assinatura paga não equivale a dar o consentimento.
174. Para avaliar se o direito de retirada do consentimento cumpre os requisitos do RGPD, devem ser igualmente tidas em conta as consequências do exercício desse direito. As Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento explicam que, regra geral, se o consentimento for retirado, todas as operações de tratamento de dados baseadas nesse consentimento e que ocorreram antes da retirada do consentimento – e em conformidade com o RGPD – permanecem lícitas, mas o responsável pelo

¹⁴³ Ver o *Report of the work undertaken by the EDPB Cookie Banner Taskforce* (Relatório do trabalho realizado pelo Grupo de Trabalho das Bandas de Testemunhos de Conexão do CEPD), ponto 35.

¹⁴⁴ Ver também o considerando 37 do Regulamento dos Mercados Digitais: «Por último, deverá ser tão fácil retirar o consentimento como dá-lo. Os controladores de acesso não deverão conceber, organizar ou operar as suas interfaces em linha de um modo que engane, manipule ou de outra forma distorça ou prejudique ativamente a capacidade dos utilizadores finais de darem livremente o seu consentimento».

¹⁴⁵ Artigo 7.º, n.º 3, do RGPD.

¹⁴⁶ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 116.

¹⁴⁷ Considerando 42 do RGPD e Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, pontos 46 e 114.

¹⁴⁸ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 49.

tratamento deve parar as ações de tratamento em causa¹⁴⁹. Caso não exista qualquer outro fundamento jurídico que justifique o tratamento (por exemplo a continuação da conservação) dos dados, estes devem ser apagados pelo responsável pelo tratamento¹⁵⁰.

175. A retirada do consentimento do tratamento para efeitos de publicidade comportamental deve, por conseguinte, conduzir à cessação de todas as atividades de tratamento permitidas pelo consentimento do titular dos dados. A retirada do consentimento não afeta apenas o armazenamento e/ou o acesso aos dados no equipamento terminal para efeitos de publicidade comportamental, mas também o tratamento posterior dos dados recolhidos para tais fins (por exemplo, caso esses dados sejam posteriormente partilhados com terceiros). Este aspeto é especialmente relevante nos casos em que o responsável pelo tratamento utiliza uma grande rede publicitária para chegar às pessoas e segui-las em vários sítios Web.
176. As conclusões do TJUE constantes do acórdão no processo *Proximus*¹⁵¹ são igualmente aplicáveis no contexto da publicidade comportamental, em especial na utilização de métodos de comercialização em linha como a licitação em tempo real. Seria também contraditório com o princípio de ser tão fácil retirar o consentimento como dá-lo se o próprio utilizador tivesse de exercer o seu direito de retirada em relação a cada responsável pelo tratamento afetado, quando o consentimento pode ser dado a todos eles com um único clique. Além disso, em especial no contexto da criação e enriquecimento de perfis de utilizadores usados para efeitos de publicidade comportamental, os perfis devem ser apagados após a retirada do consentimento e não devem ser tratados, incluindo para outras finalidades assentes numa base jurídica diferente, exceto quando os dados pessoais sejam, desde o início, tratados para outra finalidade que tenha uma base jurídica válida.

4.3.2 Renovação do consentimento

177. O RGPD não estabelece um prazo específico nem a periodicidade com que o consentimento deve ser renovado, nem durante quanto tempo o consentimento pode ser considerado uma manifestação da vontade do titular dos dados. Os responsáveis pelo tratamento devem realizar esta avaliação caso a caso.

Nas suas diretrizes, o CEPD estabeleceu critérios que podem orientar os responsáveis pelo tratamento na determinação da validade do consentimento, nomeadamente o contexto, o âmbito do consentimento original e as expectativas do titular dos dados¹⁵². Consoante as circunstâncias

¹⁴⁹ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 117-

¹⁵⁰ Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 117.

¹⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 2022, *Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit*, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833. No seu acórdão no processo *Proximus*, o TJUE declarou que quando diferentes responsáveis pelo tratamento se baseiam no consentimento único da pessoa em causa para tratar os seus dados pessoais com a mesma finalidade, basta que, para retirar tal consentimento, essa pessoa se dirija a qualquer um dos responsáveis pelo tratamento (n.º 84). O TJUE afirma ainda que: «(...) para garantir a efetividade do direito de retirar o seu consentimento (...) e assegurar que o consentimento da pessoa em causa está estritamente ligado à finalidade para a qual o mesmo foi dado, o responsável pelo tratamento junto, do qual a pessoa em causa tenha retirado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais, é efetivamente obrigado a informar dessa retirada qualquer pessoa que lhe tenha transmitido esses dados, bem como a pessoa a quem, por sua vez, esse responsável os tenha transmitido. Os responsáveis pelo tratamento assim informados têm depois, por sua vez, a obrigação de transmitir essas informações aos outros responsáveis pelo tratamento aos quais comunicaram esses dados» (n.º 85).

¹⁵² Diretrizes do CEPD relativas ao consentimento, ponto 110.

específicas de cada caso, a avaliação poderá necessitar de ter em conta disposições da restante legislação da UE, como a prevista no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento dos Mercados Digitais.

178. No contexto da publicidade comportamental, tendo em conta o carácter intrusivo do tratamento, afigura-se adequado que a validade do consentimento tenha uma duração limitada, por exemplo, um ano¹⁵³.

5 CONCLUSÕES

179. No contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento» operados por plataformas em linha de grande dimensão, o CEPD frisa a necessidade de os responsáveis pelo tratamento cumprirem todos os requisitos do RGPD, em especial os relativos ao consentimento válido, tal como descrito no presente parecer, avaliando ao mesmo tempo as especificidades de cada caso.

Deve concluir-se que, na maioria dos casos, as plataformas em linha de grande dimensão não poderão cumprir os requisitos relativos ao consentimento válido se apenas confrontarem os utilizadores com uma escolha binária entre consentir o tratamento dos dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental e pagar uma taxa.

180. O CEPD recorda que os dados pessoais não podem ser considerados uma mercadoria comercializável, pelo que as plataformas em linha de grande dimensão devem ter presente a necessidade de impedir que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja transformado numa funcionalidade que os titulares de dados tenham de pagar para dela usufruir. Por conseguinte, os responsáveis pelo tratamento não devem ter por prática normal oferecer (apenas) uma alternativa paga em vez de um serviço que inclua o tratamento para efeitos de publicidade comportamental. Pelo contrário, ao conceberem a alternativa à versão do serviço com publicidade comportamental, as plataformas em linha de grande dimensão devem ponderar oferecer aos titulares de dados uma «alternativa equivalente» que não implique o pagamento de uma taxa (por exemplo, incluindo uma forma diferente de publicidade que não a publicidade comportamental).

181. Caso decidam oferecer aos titulares dos dados uma «alternativa equivalente» que implique o pagamento de uma taxa, a fim de assegurar uma verdadeira escolha e evitar confrontar os utilizadores com uma escolha binária entre o pagamento de uma taxa e o consentimento do tratamento para efeitos de publicidade comportamental, os responsáveis pelo tratamento deverão também considerar a possibilidade de oferecer outra alternativa, gratuita e sem publicidade comportamental, por exemplo, com uma forma de publicidade que envolva o tratamento de menos (ou nenhuns) dados pessoais. Este fator é extremamente importante na apreciação de determinados critérios relativos ao consentimento válido ao abrigo do RGPD.

Na maioria dos casos, o facto de o responsável pelo tratamento oferecer gratuitamente outra alternativa sem publicidade comportamental terá um impacto substancial na avaliação da validade do consentimento, designadamente no que respeita ao aspeto dos prejuízos. Por conseguinte, as plataformas em linha de grande dimensão devem considerar seriamente a oferta de uma alternativa gratuita sem publicidade comportamental.

182. Com base no pedido de parecer das autoridades de controlo neerlandesa, norueguesa e alemã (Hamburgo) e na análise acima exposta, o CEPD conclui que o **consentimento recolhido pelas**

¹⁵³ Ver também o Parecer do GT29 sobre publicidade comportamental em linha, p. 19.

plataformas em linha de grande dimensão (tal como definidas para efeitos do presente parecer), **no contexto dos modelos de «consentimento ou pagamento» relacionados com publicidade comportamental, apenas poderá ser considerado válido na medida em que essas plataformas puderem demonstrar, em consonância com o princípio da responsabilidade, o cumprimento de todos os requisitos relativos ao consentimento válido**, ou seja, que:

- o consentimento é **dado livremente**. A este respeito, as plataformas em linha de grande dimensão devem ter em conta:
 - se o titular dos dados é **prejudicado** por recusar ou retirar o seu consentimento. A este respeito, as plataformas em linha de grande dimensão que utilizem modelos de «consentimento ou pagamento» devem assegurar que uma eventual taxa não impeça efetivamente os titulares dos dados de fazerem uma escolha livre, por exemplo, incentivando-os a dar o seu consentimento. Além disso, podem verificar-se prejuízos se, por não pagarem uma taxa, os titulares de dados que recusam o seu consentimento enfrentarem a exclusão do serviço, em especial nos casos em que o serviço tenha uma importância determinante ou decisiva na participação na vida social ou no acesso a redes profissionais, e mais ainda se existirem efeitos de dependência ou de rede. Consequentemente, é provável a existência de prejuízos quando as plataformas em linha de grande dimensão utilizam um modelo de «consentimento ou pagamento» para obter consentimento para o tratamento,
 - se existe um **desequilíbrio de poder** na relação entre elas e o titular dos dados. A este respeito, as plataformas em linha de grande dimensão podem socorrer-se de determinados fatores, não exaustivos e não cumulativos, para proceder a esta avaliação caso a caso, nomeadamente, a posição da empresa no mercado, a existência de efeitos de dependência ou de rede, em que medida depende o titular dos dados do serviço e o público-alvo ou dominante do serviço. Sempre que exista um desequilíbrio manifesto, o consentimento apenas pode ser utilizado em «circunstâncias excecionais» e se o responsável pelo tratamento, em consonância com o princípio da responsabilidade, puder provar que não haverá «quaisquer consequências negativas» para o titular dos dados se este não der o seu consentimento, nomeadamente se for oferecida aos titulares dos dados uma alternativa sem qualquer impacto negativo,
 - se o consentimento é exigido para ter acesso a bens ou serviços, mesmo que o tratamento baseado no consentimento não seja necessário para a execução do contrato aplicável à oferta desses bens ou serviços. O CEPD observa que, no seu acórdão no processo Bundeskartellamt, o TJUE declarou que, aos utilizadores que recusem dar o seu consentimento a operações específicas de tratamento, deve ser proposta, «sendo caso disso mediante uma remuneração adequada, uma alternativa equivalente não acompanhada de tais operações de tratamento de dados». Ao fazê-lo, os responsáveis pelo tratamento evitarão o problema da condicionalidade. De qualquer modo, haverá sempre que satisfazer também os outros critérios para um consentimento «dado livremente». O CEPD considera que a necessidade de propor aos titulares dos dados uma «**alternativa equivalente**» referida pelo TJUE corresponde a uma versão alternativa do serviço em causa oferecida pelo mesmo responsável pelo tratamento e que não implique o consentimento do tratamento de dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental. O CEPD apresenta elementos que podem ajudar a garantir que a alternativa seja verdadeiramente equivalente. Se a versão alternativa apenas diferir na

medida do necessário para que o responsável pelo tratamento não possa tratar dados pessoais para efeitos de publicidade comportamental, poderá, em princípio, ser considerada equivalente. Além disso, devem ser suprimidas da «alternativa equivalente» as operações de tratamento que não sejam necessárias para a prestação do serviço e que se baseiem no consentimento. Dado não serem necessárias para a prestação do serviço e se basearem no consentimento, as operações de tratamento efetuadas para efeitos de publicidade comportamental devem ser suprimidas da alternativa equivalente, a menos que tenham também outra finalidade lícita,

- se a eventual **taxa** imposta é de molde a impedir os titulares dos dados de fazerem uma verdadeira escolha ou os incentiva a darem o seu consentimento. No que respeita à imposição de qualquer taxa de acesso à versão «alternativa equivalente» do serviço, os responsáveis pelo tratamento devem avaliar, caso a caso, a adequação ou não da taxa e o valor adequado às circunstâncias em causa, tendo presente a necessidade de impedir que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja transformado numa funcionalidade *premium* reservada aos ricos. Esta avaliação deve ser realizada à luz dos requisitos do consentimento válido e dos princípios previstos no artigo 5.º do RGPD, em especial o da lealdade, e tendo em conta tanto as alternativas possíveis à publicidade comportamental que impliquem o tratamento de menos dados pessoais como a posição dos titulares dos dados.

As autoridades de controlo são responsáveis pela execução da aplicação do RGPD, missão que pode também abranger o impacto de uma taxa na liberdade de escolha dos titulares de dados. Em muitas circunstâncias, as autoridades de controlo podem beneficiar com a consulta de autoridades competentes noutros domínios do direito, designadamente as autoridades de defesa do consumidor e da concorrência,

- se os titulares dos dados são livres de escolher a finalidade do tratamento que aceitam, em vez de serem confrontados com um pedido de consentimento que agrupa várias finalidades (**granularidade**),
- o consentimento é **dado com conhecimento de causa**. Em virtude do princípio da responsabilidade, cabe aos responsáveis pelo tratamento criar e documentar um processo de informação que permita que os titulares dos dados tenham uma compreensão completa e clara do valor, do âmbito e das consequências das suas possibilidades de escolha. Tal significa que, antes de qualquer escolha, os titulares dos dados devem dispor de informações claras sobre as atividades de tratamento associadas a cada uma das opções que lhes são oferecidas. As plataformas em linha de grande dimensão devem ter em conta a complexidade das atividades de tratamento de dados necessárias para exibir publicidade comportamental e assegurar que as informações sejam fornecidas de uma forma clara e inteligível para o público-alvo,
- o consentimento é uma **manifestação de vontade explícita**. As plataformas em linha de grande dimensão devem conceber atentamente a forma de solicitar o consentimento dos titulares dos dados, a fim de assegurar que estes não sejam expostos a modelos de conceção enganosos. Quando um utilizador dá o seu consentimento para as atividades de tratamento que permitem aceder ao serviço a título gratuito, deve considerar-se que o utilizador dá o seu consentimento apenas para essas atividades de tratamento, tendo em conta os requisitos a satisfazer para que o consentimento seja «específico». Para que o consentimento seja considerado claramente dado para outras finalidades, estas devem ser selecionadas de forma ativa pelo utilizador,

- o consentimento é **específico**. Tal significa que as plataformas em linha de grande dimensão devem definir e delimitar com precisão as finalidades das atividades de tratamento que carecem de consentimento. Por exemplo, o consentimento obtido para efeitos de publicidade comportamental não deve ser associado a outras finalidades. As plataformas em linha de grande dimensão devem avaliar e documentar, caso a caso, se a apresentação de publicidade comportamental implica o tratamento de dados pessoais para finalidades diferentes e a solicitação de consentimentos separados para essas finalidades.

183. O CEPD recorda que **a obtenção do consentimento não dispensa as plataformas em linha de grande dimensão de observar as restantes regras e princípios estabelecidos no RGPD**, nomeadamente os princípios enunciados no artigo 5.º do mesmo regulamento. Os princípios indicados de seguida são de especial importância para as plataformas em linha de grande dimensão que aplicam modelos de «consentimento ou pagamento» e não apenas para aferir da validade do consentimento:

- **limitação das finalidades e minimização dos dados** – as plataformas em linha de grande dimensão têm a responsabilidade de definir claramente as finalidades das suas atividades de tratamento, bem como de assegurar que apenas sejam tratados os dados pessoais necessários para essas finalidades,
- **lealdade** – a fim de assegurar a lealdade das suas atividades de tratamento, as plataformas em linha de grande dimensão devem ter em conta o impacto das suas atividades de tratamento nos direitos e na dignidade das pessoas singulares e conceder o mais elevado grau de autonomia possível aos titulares dos dados,
- **proteção de dados desde a conceção** – as plataformas em linha de grande dimensão são obrigadas a aplicar as medidas técnicas e organizativas adequadas e a incluir as garantias necessárias nas suas atividades de tratamento para cumprir os requisitos do RGPD e proteger os direitos e liberdades dos titulares dos dados,
- **proteção de dados por defeito** – as plataformas em linha de grande dimensão são responsáveis por aplicar definições e opções de tratamento de forma que apenas o tratamento estritamente necessário para cumprir a finalidade definida e legítima seja realizado por defeito,
- **responsabilidade** – as plataformas em linha de grande dimensão são responsáveis por cumprir o RGPD, nomeadamente os princípios acima enumerados, e têm de poder comprovar esse cumprimento.

Pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados

A Presidente

(Anu Talus)