

Guidelines



**Diretrizes 3/2018 sobre o escopo territorial do GDPR
(Artigo 3º) - Versão para consulta pública**

Adotadas em 16 de novembro de 2018

Conteúdo

Introdução.....	3
1 Aplicação do critério de estabelecimento - Art 3 (1)	4
2 Aplicação do critério de segmentação - Art 3 (2)	12
3 Processamento em um lugar onde a lei Estado-Membro seja aplicável por força do direito internacional público	19
4 Representante de controladores ou processadores não estabelecidos na União.....	19

O Conselho Europeu de Proteção de Dados

Considerando o Artigo 70 (1) (e) do Regulamento 2016/679/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016 sobre a proteção de pessoas singulares em relação ao processamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

APROVOU AS SEGUINTE DIRETRIZES:

INTRODUÇÃO

O escopo territorial do Regulamento Geral de Proteção de Dados¹ (o GDPR) é determinado pelo Artigo 3 do regulamento e representa uma evolução significativa da lei de proteção de dados da UE em comparação com o framework definido pela Diretiva 95/46/EC². Em parte, o GDPR confirma as escolhas feitas pela Corte de Justiça da UE e do Tribunal de Justiça da União Europeia no contexto da Diretiva 95/46/CE. No entanto, novos elementos importantes foram introduzidos. Mais importante ainda, o objetivo principal do Artigo 4º da Diretiva era definir qual a legislação nacional do Estado-Membro é aplicável, que o Artigo 3º do GDPR define o escopo territorial de um texto diretamente aplicável. Além disso, embora o Artigo 4 da Diretiva faça referência à "utilização de equipamentos" em território da União como base para trazer os controladores que estavam "não estabelecidos no território da Comunidade" no escopo da lei de proteção de dados da UE, tal referência não aparece no Artigo 3 do GDPR.

O artigo 3 do GDPR reflete a intenção do legislador em assegurar a proteção integral dos direitos dos titulares dos dados da UE e estabelecer, em termos de exigência de proteção de dados, a igualdade de condições para as empresas ativas nos mercados da UE, em um contexto de fluxos de dados em todo o mundo.

O artigo 3 do GDPR define o escopo territorial do regulamento com base em dois critérios principais: o critério de "estabelecimento", de acordo com o Artigo 3 (1), e o critério de segmentação conforme o artigo 3 (2). Se um destes dois critérios for atendido, as disposições pertinentes do GDPR serão aplicáveis ao processamento de dados pessoais pelo controlador ou processador em questão. Além disso, o Artigo 3 (3) confirma a aplicação do GDPR ao processamento onde a lei Estado-Membro seja aplicável por força do direito internacional público.

Através de uma interpretação comum por parte das autoridades de proteção de dados na UE, estas orientações visam assegurar uma aplicação coerente do GDPR quando se avalia se determinado processamento por um controlador ou um processador se insere no escopo do novo quadro jurídico da UE. Nessas orientações, a EDPB define e esclarece os critérios para determinar a aplicação do escopo territorial do GDPR. Tal interpretação comum também é essencial para os controladores e processadores, tanto dentro quanto fora da UE, para que possam avaliar se precisam cumprir o GDPR. Como controladores ou processadores não estabelecidos na UE, mas que se envolvem em atividades de processamento a serem abrangidos pelo Artigo 3 (2), são obrigados a designar um representante na União, estas orientações

¹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares em relação ao processamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral de Proteção de Dados).

² Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao processamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

também irão fornecer esclarecimentos sobre o processo para a designação deste representante nos termos do Artigo 27 e as suas responsabilidades e obrigações.

Como princípio geral, o EDPB afirma que, quando o processamento de dados pessoais é abrangido pelo escopo territorial do GDPR, todas as disposições do regulamento aplicam-se a esse processamento. Estas orientações, no entanto, especificam os vários cenários que podem surgir, dependendo do tipo de atividade de processamento, a entidade que realiza essas atividades de processamento ou a localização de tais entidades, e irá detalhar as disposições aplicáveis a cada situação. Portanto, é essencial que os controladores e processadores, especialmente aqueles que oferecem produtos e serviços a nível internacional, realizem uma avaliação cuidadosa e *in concreto* de suas atividades de processamento a fim de determinar se o processamento relacionado de dados pessoais está no escopo do GDPR.

1 APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE ESTABELECIMENTO - ART 3 (1)

O Artigo 3 (1) do GDPR prevê que o "Regulamento é aplicável ao processamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou um processador na União, independentemente do processamento ocorrer na União ou não".

O Artigo 3 (1) do GDPR faz referência não só a um estabelecimento de um controlador, mas também a um estabelecimento de um processador. Como resultado, o processamento de dados pessoais por um processador também pode estar sujeito à legislação da UE em virtude do processador ter um estabelecimento localizado no interior da UE. As seções a seguir clarificam a aplicação do critério de estabelecimento, em primeiro lugar, considerando a definição de um "estabelecimento" na UE, na acepção da lei de proteção de dados da UE, em segundo lugar, levando em consideração o que se entende por "processamento no contexto das atividades de um estabelecimento na União" e, por último, confirmando que o GDPR será aplicável independentemente do processamento efetuado no contexto das atividades deste estabelecimento na União ou não. O Artigo 3 (1) garante que o GDPR é aplicável ao processamento por um controlador ou processador realizado no contexto das atividades de um estabelecimento de que o controlador ou processador na União, independentemente do local onde decorre o processamento. Por conseguinte, o EDPB recomenda uma abordagem tripla para determinar se o processamento de dados pessoais é abrangido pelo âmbito do GDPR nos termos do Artigo 3 (1).

a) Consideração 1: "um estabelecimento na União"

Antes de considerar o que se entende por "um estabelecimento na União" primeiro é necessário identificar quem é o controlador ou o processador para uma determinada atividade de processamento. De acordo com a definição do Artigo 4 (7) do GDPR, controlador é "a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou organismo que, individualmente ou em conjunto com outros, determina as finalidades e os meios de processamento dos dados pessoais". Um processador, de acordo com o Artigo 4 (8) do GDPR, é "uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que trata os dados pessoais por conta do controlador" Conforme estabelecido pela jurisprudência TJUE relevante e anterior a orientação do WP29³, a determinação se uma entidade é um controladora ou processadora para os fins da legislação sobre proteção de dados da UE é um elemento-chave na avaliação da aplicação do GDPR ao processamento de dados pessoais em questão.

³ WP169 - Parecer 1/2010 sobre os conceitos de "controlador" e "processador", aprovado em 16 de fevereiro de 2010.

Enquanto a noção de "estabelecimento principal" é definida no Artigo 4 (16), o GDPR não fornece uma definição de "estabelecimento" para efeitos do Artigo 3⁴. No entanto, o Considerando 22⁵ esclarece que um "estabelecimento pressupõe o exercício efetivo e real de atividades através de acordos estáveis. A forma jurídica de tais acordos, seja através de uma sucursal ou de uma filial com personalidade jurídica, não é o fator determinante na matéria".

Esta redação é idêntica à encontrada no Considerando 19 da Diretiva 95/46/CE, a que se fez referência em várias decisões do TJUE, ampliando a interpretação do termo "estabelecimento", partindo de uma abordagem formalista no qual as empresas estão estabelecidas exclusivamente no lugar onde são registradas⁶. Na verdade, o TJUE decidiu que a noção de estabelecimento se estende a qualquer atividade real e efetiva - nem mesmo um mínimo - exercida através de acordos estáveis⁷. A fim de determinar se uma entidade com base fora da União tenha um estabelecimento num Estado-Membro, tanto o grau de estabilidade dos arranjos quanto o exercício eficaz das atividades nesse Estado-Membro devem ser considerados à luz da natureza específica das atividades econômicas e prestação de serviços em questão. Isto é particularmente verdade para as empresas que oferecem serviços exclusivamente através da Internet⁸. O limiar para "arranjo estável"⁹ pode realmente ser muito baixo quando o centro das atividades de um controlador diz respeito à prestação de serviços on-line. Como resultado, em algumas circunstâncias, a presença de um único funcionário ou agente da entidade não-UE pode ser suficiente para constituir um arranjo estável, onde o empregado ou agente atua com um grau suficiente de estabilidade.

O fato de que a entidade não-UE responsável pelo processamento de dados não tem uma filial ou sucursal em um Estado-Membro não a impede de ter um estabelecimento em um Estado-Membro no entendimento da lei de proteção de dados da UE. Embora a noção de estabelecimento seja ampla, não é sem limites. Não é possível concluir que a entidade não-UE tem um estabelecimento na União só porque o site da empresa é acessível na União¹⁰.

Exemplo 1: Uma empresa de fabricação de automóveis com sede nos EUA tem uma filial e escritório localizados em Bruxelas, supervisionando todas as suas operações na Europa, incluindo marketing e propaganda.

A filial belga pode ser considerada um arranjo estável, que exerce atividades reais e eficazes, tendo em conta a natureza da atividade econômica desenvolvida pela empresa de fabricação de automóveis. Como tal, a filial belga poderia, portanto, ser considerada como um estabelecimento na União, no entendimento do GDPR.

⁴ A definição de "estabelecimento principal" é principalmente relevante para efeitos de determinação da competência das autoridades de supervisão em questão nos termos do Artigo 56 do GDPR. Veja as Diretrizes WP29 para identificar uma autoridade supervisora líder do controlador ou processador (16/EN WP 244).

⁵ Considerando 22 do GDPR: "Qualquer processamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou um processador na União deve ser realizado em conformidade com o presente regulamento, independentemente do próprio processamento ocorrer na União. Estabelecimento implica o exercício efetivo e real de uma atividade mediante dispositivos estáveis. A forma jurídica de tais acordos, seja através de uma sucursal ou de uma filial com personalidade jurídica, não é o fator determinante na matéria".

⁶ Ver, em especial *Google Spain SL, Google Inc. v AEPD, Mario Costeja González* (C-131/12), *Weltimmo v Naih* (C- 230/14), *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU* (C-191/15) e *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* (C-210/16).

⁷ *Weltimmo*, parágrafo 31.

⁸ *Weltimmo*, parágrafo 29.

⁹ *Weltimmo*, parágrafo 31.

¹⁰ TJUE, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon Sarl UE*, processo C 191/15, 28 de julho de 2016, parágrafo 76 (a seguir "Verein für Konsumenteninformation").

Assim, conclui-se que se um controlador ou processador está estabelecido na UE, uma análise *in concreto* deve ser feita para determinar se o processamento é efetuado no contexto das atividades desta instituição, a fim de determinar se o Artigo 3 (1) se aplica. Se um controlador ou processador estabelecido fora da União exerce "uma atividade real e efetiva – ainda que mínima" - através de "acordos estáveis", independentemente da sua forma jurídica (por exemplo, filial, sucursal, escritório...), no território de um Estado-Membro, este controlador ou processador pode ser considerado como tendo um estabelecimento nesse Estado-Membro¹¹. Por isso, é importante considerar se o processamento de dados pessoais ocorre "no contexto das atividades de" um estabelecimento conforme destacado no Considerando 22.

b) Considerando 2: processamento de dados pessoais realizados "no contexto das atividades de" um estabelecimento

O artigo 3 (1) confirma que não é necessário que o processamento em questão seja realizado "pelo" próprio estabelecimento da UE; o controlador ou o processador estará sujeito a obrigações decorrentes do GDPR sempre que o processamento for realizado "no contexto das atividades" do seu estabelecimento relevante. O EDPB recomenda que a determinação se uma entidade com base na UE deve ser considerada como um estabelecimento do controlador ou do processador para os efeitos do Artigo 3 (1) seja feita em uma base caso a caso e com base em uma análise *in concreto*. Cada cenário deve ser avaliado por seus próprios méritos, levando em consideração as circunstâncias específicas do caso.

O EDPB considera que, para efeitos do Artigo 3 (1), o significado de "transformação no escopo das atividades de um estabelecimento de um controlador ou processador" deve ser entendido à luz da jurisprudência relevante. Por um lado, com o objetivo de assegurar uma proteção eficaz e completa, o significado de "no contexto das atividades de um estabelecimento" não pode ser interpretado de forma restritiva¹². Por outro lado, a existência de um estabelecimento no entendimento do GDPR não deve ser interpretada de forma muito ampla para concluir que a existência de qualquer presença na UE, mesmo com ligações remotas com atividades de processamento de dados de uma entidade não-UE, será suficiente para trazer esta transformação para dentro do escopo da legislação de proteção de dados da UE. Algumas atividades comerciais lideradas por uma entidade não-UE dentro de um Estado-Membro podem realmente ser tão distantes do processamento de dados pessoais por esta entidade a ponto de a existência da atividade comercial na UE não ser suficiente para trazer esse processamento de dados dentro do escopo da legislação de proteção de dados da UE¹³.

i) Relação entre um controlador de dados ou processador fora da União e um estabelecimento local na União

As atividades de um estabelecimento local em um Estado-Membro e as atividades de processamento de dados de um controlador de dados ou processador estabelecido fora da UE podem ser indissociáveis e, assim, podem desencadear a aplicabilidade do direito da UE, mesmo que esse estabelecimento local não está de fato tendo qualquer papel no próprio processamento de dados¹⁴. Se uma análise caso a caso sobre os fatos mostra que

¹¹ Ver, em especial parágrafo 29 do julgamento Weltimmo, que enfatiza uma definição flexível do conceito de "estabelecimento" e esclarece que "o grau de estabilidade das regras e o exercício efetivo das atividades nesse outro Estado-Membro deve ser interpretado à luz da natureza específica das atividades econômicas e à prestação de serviços em questão".

¹² Weltimmo, parágrafo 25 e Google Espanha, parágrafo 53.

¹³ WP 179 Update - atualização de Parecer 8/2010 sobre a lei aplicável em conta o acórdão do TJUE para o Google Espanha, 16 de dezembro de 2015

¹⁴ TJUE, o Google Espanha, processo C 131/12

existe um vínculo indissolúvel entre as atividades de um estabelecimento UE e o processamento de dados efetuado por um controlador não-UE, a legislação da UE se aplicará ao processamento por parte da entidade não-UE, independente do estabelecimento da UE desempenhar um papel naquele processamento de dados¹⁵.

ii) aumento das receitas na União

O aumento de receitas na UE por um estabelecimento local, na medida em que tais atividades podem ser consideradas como "intrinsecamente ligadas" ao processamento de dados pessoais que ocorre fora da UE e os indivíduos na UE, pode ser indicativo de processamento por um controlador ou processador não-UE que está sendo realizado "no contexto das atividades do estabelecimento UE" e pode ser suficiente para resultar na aplicação da legislação da UE a esse processamento¹⁶.

O EDPB recomenda que as organizações não pertencentes à UE realizem uma avaliação de suas atividades de processamento para, em primeiro lugar, determinar se os dados pessoais estão sendo processados e, em segundo lugar, através da identificação de potenciais relações entre a atividade para a qual os dados estão sendo processados e as atividades de qualquer presença da organização da União. Se tal ligação for identificada, o carácter desta ligação vai ser fundamental para determinar se o GDPR é aplicável ao processamento em questão e devem ser avaliadas com base nos elementos enumerados acima.

Exemplo 2: Um site de comércio eletrônico operado por uma empresa com sede na China, enquanto que as atividades de processamento de dados são exclusivamente realizadas na China, estabeleceu um escritório europeu em Berlim a fim de liderar e implementar campanhas de prospecção e de marketing comercial para os mercados da UE. Neste caso, pode-se considerar que as atividades do escritório Europeu de Berlim estão intimamente ligadas ao processamento de dados pessoais efetuado pelo site chinês de comércio eletrônico na medida em que a prospecção comercial e campanha de marketing para os mercados da UE notavelmente servem para tornar o serviço oferecido pelo site de comércio eletrônico rentável. O processamento de dados pessoais por parte da empresa chinesa pode, portanto, ser considerado como realizado no contexto das atividades do Organismo Europeu, como um estabelecimento na União e, conseqüentemente, estar sujeito às disposições do GDPR conforme seu Artigo 3 (1).

Exemplo 3: Uma cadeia de hotéis e resort na África do Sul dispõe de pacotes através do seu site, disponível em Inglês, Alemão, Francês e Espanhol. A empresa não tem qualquer escritório, representação ou arranjo estável na UE. Neste caso, na ausência de qualquer representação ou arranjo estável da cadeia de hotel e resort no território da União faz com que nenhuma entidade ligada a este controlador de dados na África do Sul pode ser qualificada como um estabelecimento na UE no entendimento do GDPR. Portanto, o processamento em questão não pode estar sujeito às disposições do GDPR conforme o Artigo 3 (1).

¹⁵ WP 179 Update - atualização do Parecer 8/2010 sobre a lei aplicável em conta o acórdão TJUE no Google Espanha, 16 de dezembro de 2015

¹⁶ Isso pode potencialmente ser o caso, por exemplo, para qualquer operador estrangeiro com um escritório de vendas ou alguma outra presença na UE, mesmo que o escritório não tenha nenhum papel no processamento de dados real, notavelmente quando o processamento ocorre no contexto da atividade de vendas na UE e as atividades do estabelecimento visam os habitantes dos Estados-Membros em que se situa o estabelecimento (update WP179).

No entanto, deve ser analisado *in concreto* se o processamento de dados estabelecido fora da UE pode estar sujeito ao GDPR conforme o Artigo 3 (2).

c) Análise 3: aplicação do GDPR para o estabelecimento de um controlador ou de um processador na União independentemente do processamento ocorrer na União ou não

De acordo com o Artigo 3 (1), o processamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou processador na União desencadeia a aplicação do GDPR e as obrigações relacionadas ao controlador de dados ou processador em questão.

O texto do GDPR especifica que o regulamento se aplica ao processamento no contexto das atividades de um estabelecimento na UE "independentemente do processamento ocorrer na União ou não". É a presença, por meio de um estabelecimento, de um controlador ou processador de dados na UE e o fato de um processamento ocorrer no contexto das atividades deste estabelecimento que desencadeiam a aplicação do GDPR às suas atividades de processamento. O local de transformação não é, portanto, relevante para determinar se a transformação efetuada no contexto das atividades de um estabelecimento da UE se enquadra ou não no escopo do GDPR.

Exemplo 4: Uma empresa francesa desenvolveu um aplicativo de compartilhamento de carros mirando exclusivamente os clientes no Marrocos, Argélia e Tunísia. O serviço está disponível apenas nesses três países, mas todas as atividades de processamento de dados pessoais são realizadas pelo controlador dos dados, na França. Enquanto a coleta de dados pessoais acontece em países não pertencentes à UE, o processamento posterior de dados pessoais, neste caso, é realizado no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador de dados na União. Portanto, mesmo que o processamento se refira a dados pessoais de titulares que não estão na União, as disposições do GDPR serão aplicáveis ao processamento realizado pela empresa francesa conforme o Artigo 3 (1).

Exemplo 5: Uma empresa farmacêutica com sede em Estocolmo transferiu todas as suas atividades de processamento de dados pessoais relacionados aos estudos clínicos para a sua filial de Cingapura. De acordo com a estrutura da empresa, a filial não é uma entidade legalmente distinta e a sede de Estocolmo determina a finalidade e os meios de processamento de dados realizado em seu nome através de sua filial com base em Cingapura.

Neste caso, enquanto as atividades de processamento estão sendo executadas na Cingapura, este processamento é realizado no contexto das atividades da empresa farmacêutica em Estocolmo, ou seja, há um processamento de dados estabelecido na União. Logo, as disposições do GDPR se aplicam a esse processamento conforme Artigo 3 (1).

Ao determinar o escopo territorial do GDPR, a localização geográfica será importante nos termos do Artigo 3 (1) no que diz respeito ao local de estabelecimento:

- do próprio controlador ou processador (está estabelecido dentro ou fora da União?);
- qualquer presença comercial de um controlador ou processador não-UE (tem um estabelecimento na União?)

No entanto, a localização geográfica não é importante para os fins do Artigo 3 (1) em relação ao local em que o processamento é realizado ou no que diz respeito à localização dos titulares dos dados em questão.

O texto do Artigo 3 (1) não restringe a aplicação do GDPR ao processamento de dados pessoais dos indivíduos que estão na União. O EDPB considera, portanto, que qualquer processamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um controlador ou processador na União entraria no escopo do GDPR, independentemente da localização ou da nacionalidade da pessoa cujos dados pessoais estão sendo processados. Esta abordagem é apoiada pelo Considerando 14 do GDPR que afirma que "*a proteção conferida pelo presente regulamento deve ser aplicável a pessoas singulares, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência, em relação ao processamento dos seus dados pessoais.*"

d) Aplicação do critério de estabelecimento para o controlador e processador

No que diz respeito às atividades de transformação abrangidas pelo escopo de aplicação do nº 1 do Artigo 3, o EDPB considera que tais disposições se aplica aos controladores e processadores cujas atividades de processamento são realizadas no contexto das atividades do seu estabelecimento na UE. Embora se reconheça que os requisitos para estabelecer a relação entre um controlador e um processador¹⁷ não variem dependendo da localização geográfica do estabelecimento de um controlador ou processador, o EDPB considera que quando se trata da identificação das diferentes obrigações desencadeadas pela aplicabilidade do GDPR, o processamento por cada entidade deve ser considerado separadamente.

O GDPR prevê disposições ou obrigações diferentes e dedicados aplicáveis aos controladores de dados e processadores e, como tal, o controlador ou processador de dados deve estar sujeito ao GDPR conforme o Artigo 3 (1), as obrigações relacionadas se aplicariam a eles, respectivamente e separadamente. Neste contexto, o EDPB notavelmente considera que um processador na UE não deve ser considerado como um estabelecimento de um controlador de dados no entendimento do Artigo 3 (1) pelo simples fato do seu status como processador. A existência de uma relação entre um controlador e um processador não necessariamente desencadeia a aplicação do GDPR para tanto, se uma destas duas entidades não estiver estabelecida na União.

Uma organização processando dados pessoais em nome e por instruções de uma outra organização (a empresa cliente) estará atuando como processadora para a empresa cliente (a controladora). Quando um processador está estabelecido na União, será obrigado a cumprir com as obrigações impostas aos processadores pelo GDPR (as "obrigações do processador no GDPR"). Se o controlador instrui o processador que também está localizado na União, este controlador será obrigado a cumprir as obrigações impostas aos controladores pelo GDPR (as "obrigações do controlador no GDPR").

i) Processamento por um controlador na UE utilizando um processador não está sujeito ao GDPR

Quando um controlador sujeito ao GDPR escolhe usar um processador localizado fora da União e não sujeito ao GDPR, será necessário para o controlador assegurar, por contrato ou ato jurídico, que o processador processa os dados de acordo com o GDPR. O Artigo 28 (3) prevê que o processamento por um processador deve ser regido por um contrato ou ato jurídico. O controlador irá, portanto, garantir que um contrato com o processador abordando todos os requisitos estabelecidos no Artigo 28(3) esteja em prática. Além disso, é provável que, a fim de assegurar que

¹⁷ Nos termos do Artigo 28, o EDPB lembra que as atividades de processamento por um processador em nome de um controlador devem ser regidas por um contrato ou ato jurídico sob o direito da União ou Estado-Membro, que é obrigatório para o processador em relação ao controlador, e que os controladores só poderão usar processadores que oferecem garantias suficientes para implementar medidas adequadas de tal maneira que o processamento irá atender à exigência do GDPR e garantir a proteção dos direitos das pessoas em questão.

cumpriu com as suas obrigações do Artigo 28 (1) - para usar apenas um processador que ofereça garantias suficientes para implementar medidas de tal maneira que o processamento irá atender os requisitos do regulamento e proteger os direitos dos titulares de dados -, o controlador pode precisar considerar a imposição, por contrato, das obrigações impostas pelo GDPR a processadores a ele sujeitos. Ou seja, o controlador terá que garantir que o processador não sujeito ao GDPR esteja em conformidade com as obrigações, governadas por um contrato ou outro ato legal sob o direito da União ou Estado-Membro, a que se refere o Artigo 28 (3).

O processador não sujeito ao GDPR, portanto, irá se tornar indiretamente sujeito a algumas obrigações impostas pelos controladores sujeitos ao GDPR em virtude de acordos contratuais nos termos do Artigo 28. Além disso, disposições do Capítulo V do GDPR podem ser aplicadas.

Exemplo 6: Um instituto de investigação finlandês realiza pesquisas sobre o povo Sami. O instituto lança um projeto que só diz respeito a pessoas de Sami, na Rússia. Para este projeto o instituto usa um processador baseado no Canadá.

Enquanto o GDPR não se aplica formalmente diretamente ao processador canadense, o controlador finlandês tem o dever de usar apenas processadores que ofereçam garantias suficientes para implementar medidas adequadas de tal maneira que o processamento irá atender aos requisitos do GDPR e assegurar a proteção dos direitos dos titulares dos dados. O controlador finlandês precisa ter um acordo de processamento de dados com o processador canadense e os deveres do processador serão estipulados nesse ato jurídico.

ii) Processamento no contexto das atividades de um estabelecimento de um processador na União

Enquanto a jurisprudência nos fornece uma compreensão clara do efeito do processamento a ser realizado no contexto das atividades de um estabelecimento UE do controlador, o efeito do processamento a ser realizado no contexto das atividades de um estabelecimento UE de um processador é menos clara. O EDPB enfatiza que é importante considerar o estabelecimento do controlador e do processador separadamente.

A primeira questão é se o controlador em si tem um estabelecimento na União e está processando no contexto das atividades desse estabelecimento. Assumindo que o controlador não está processando no contexto de seu próprio estabelecimento na União, este controlador não estará sujeito às obrigações do controlador do GDPR em virtude do Artigo 3 (1) (embora ainda pode estar sujeito ao Artigo 3 (2)). A menos que outros fatores estejam em questão, o estabelecimento UE do processador não será considerado um estabelecimento em relação ao controlador.

A questão separada, em seguida, surge se o processador está processando no contexto de um estabelecimento na União. Se sim, o processador estará sujeito às obrigações de processador do GDPR. No entanto, isso não faz com que o controlador não-UE se torne sujeito às obrigações de controlador do GDPR. Ou seja, um controlador "não-UE" (conforme descrito acima) não ficará sujeito ao GDPR simplesmente porque opta por utilizar um processador na União.

Instruindo um processador na União, o controlador não sujeito ao GDPR não está realizando o processamento "no contexto das atividades do processador na União". O processamento é realizado no contexto das próprias atividades do controlador; o processador está simplesmente fornecendo um serviço de processamento¹⁸ que não está "intimamente ligado" com as atividades do controlador.

¹⁸ A oferta de um serviço de processamento neste contexto não pode ser considerada como uma oferta de um serviço para os titulares de dados na União.

Como dito acima, no caso de um processador de dados estabelecido na União e realização de processamento em nome de um controlador de dados estabelecido fora da União e não sujeito ao GDPR conforme o Artigo 3 (2), o EDPB considera que as atividades de processamento do controlador de dados não seriam consideradas como parte do escopo territorial do GDPR meramente porque são processadas em seu nome por um processador estabelecido na União. No entanto, mesmo que o controlador de dados não esteja estabelecido na União e não esteja sujeito às disposições do GDPR conforme o Artigo 3 (2), o processador de dados, como está estabelecido na União, estará sujeito às disposições pertinentes do GDPR de acordo com o Artigo 3 (1).

Exemplo 7: Um processador estabelecido na Espanha fez um contrato com uma empresa de varejo mexicana, a controladora de dados, para o processamento de dados pessoais de seus clientes. A empresa mexicana oferece e direciona seus serviços exclusivamente para o mercado mexicano e as suas preocupações de processamento dizem respeito exclusivamente aos titulares dos dados localizados fora da União.

Neste caso, a empresa de varejo mexicano não atinge as pessoas no território da União através da oferta de bens ou serviços, nem monitora o comportamento de pessoas no território da União. Desta forma, o processamento pelo controlador de dados estabelecido fora da União não está sujeito ao GDPR de acordo com o Artigo 3 (2).

Enquanto as disposições do GDPR não se aplicam ao controlador de dados, o processador de dados, como um processador estabelecido na Espanha, será obrigado a cumprir as obrigações de processador impostas pelo regulamento para qualquer processamento realizado no escopo das suas atividades.

Quando se trata de um processador de dados realizando processamento em nome de um controlador de dados estabelecido fora da União e que não está no escopo territorial do GDPR conforme o Artigo 3 (2), o processador estará sujeito às seguintes disposições do GDPR diretamente aplicáveis aos processadores de dados:

- As obrigações impostas aos processadores nos termos do Artigo 28 (2), (3), (4), (5) e (6), sobre o dever de ter um acordo de processamento de dados, com exceção daqueles relacionados à assistência ao controlador para cumprir com suas (o controlador) próprias obrigações de acordo com o GDPR.
- O processador e qualquer pessoa agindo sob a autoridade do controlador ou do processador, que tem acesso a dados pessoais, não deve processar esses dados sem instruções do controlador a não ser que seja obrigado a fazê-lo pela legislação da União ou Estado-Membro, conforme o Artigo 29 e o Artigo 32 (4).
- Quando aplicável, o processador deve manter um registro de todas as categorias de transformação efetuadas em nome de um controlador conforme o Artigo 30 (2).
- Quando aplicável, o processador deve, mediante pedido, cooperar com a autoridade de supervisão no desempenho das suas funções, de acordo com o Artigo 31.
- O processador deverá implementar medidas técnicas e organizacionais para garantir um nível de segurança adequado ao risco, de acordo com o Artigo 32.
- O processador deve notificar o controlador sem demora injustificada após tomar conhecimento de uma violação de dados pessoais, na forma do Artigo 33.
- Quando aplicável, o processador deve designar um oficial de proteção de dados de acordo com os Artigos 37 e 38.
- As disposições relativas às transferências de dados pessoais para países terceiros ou de organizações internacionais, conforme Capítulo V.

Além disso, uma vez que tal processamento seria realizado no contexto das atividades de um estabelecimento de um processador na União, o EDPB lembra que o processador terá que garantir o seu processamento permaneça legal com relação a outras obrigações no escopo da UE ou lei nacional. O Artigo 28 (3) também especifica que "o processador deve informar imediatamente o controlador se, na sua

opinião, uma instrução violar o presente regulamento ou outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros"

Em consonância com as posições anteriormente assumidas pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29, o EDPD considera que o território da União não pode ser utilizado como um "paraíso de dados", por exemplo, quando uma atividade de processamento implica questões éticas inadmissíveis¹⁹ e que certas obrigações legais à aplicação da legislação da UE referente a proteção de dados, em particular as regras europeias e nacionais em relacionadas ordem pública, serão, de qualquer modo, respeitada por qualquer processador de dados estabelecido na União, independentemente da localização do responsável pelo processamento. Esta consideração também leva em conta o fato de que, ao aplicar a legislação da UE, as disposições resultantes do GDPR e das leis nacionais relacionadas estão sujeitas à Carta dos Direitos Fundamentais da União. No entanto, isso não impõe obrigações adicionais aos responsáveis pelo processamento fora da União que não se enquadram no escopo territorial do GDPR conforme o Artigo 3 (2).

2 APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE SEGMENTAÇÃO - ART 3 (2)

A ausência de um estabelecimento na União não significa necessariamente que um controlador de dados ou subcontratante estabelecido num país terceiro seja excluído do escopo do GDPR dado que o Artigo 3 (2) estabelece as circunstâncias em que o GDPR se aplica ao controlador ou ao processador não estabelecido na União dependendo de suas atividades de processamento.

Neste contexto, o EDPB confirma que, na ausência de um estabelecimento na União, um controlador ou processador não pode se beneficiar do mecanismo de "one-stop shop" previsto no Artigo 56 do GDPR. Na verdade, o mecanismo de cooperação e consistência do GDPR só se aplica aos controladores e processadores com um estabelecimento ou estabelecimentos dentro da União Europeia²⁰.

Embora as presentes orientações visem esclarecer o escopo territorial do GDPR, o EDPB também deseja salientar que os controladores e processadores também terão que levar em conta outros textos aplicáveis, como, por exemplo, a legislação setorial da UE ou dos Estados-Membros e as legislações nacionais. Várias disposições do GDPR permitem, de fato, que os Estados-Membros introduzam condições adicionais e definam uma estrutura específica de proteção de dados a nível nacional em determinadas áreas ou em relação a situações de processamento específicas. Os controladores e processadores devem, portanto, garantir que estejam cientes e cumpram essas condições e estruturas adicionais, que podem variar de um Estado-Membro para outro. Tais alterações nas disposições relativas à proteção de dados aplicáveis em cada Estado-Membro são particularmente notáveis em relação às disposições do Artigo 8 (estabelecendo que a idade em que as crianças podem dar um consentimento válido em relação ao processamento de seus dados pelos serviços da sociedade da informação pode variar entre 13 e 16 anos), do Artigo 9 (em relação ao processamento de categorias especiais de dados), do Artigo 23 (restrições) ou do disposto no capítulo IX do GDPR (liberdade de expressão e informação; acesso do público a documentos oficiais; número de identificação nacional, contexto de emprego, processamento para fins de arquivamento de interesse público, para fins de pesquisa científica ou histórica ou para fins estatísticos, sigilo, igrejas e associações religiosas).

O Artigo 3 (2) do GDPR dispõe que "o presente regulamento é aplicável ao processamento de dados pessoais de titulares de dados que estejam na União por um controlador ou processador não estabelecido na União em que as atividades de processamento estejam relacionadas com: (a) oferta de bens ou serviços, independentemente de ser ou não exigido o pagamento de tais pessoas em questão na União; ou (b) o controle de seu comportamento, desde que o comportamento ocorra na União".

¹⁹ WP169 - Parecer 1/2010 sobre os conceitos de "controlador" e "processador", aprovada em 16 de fevereiro de 2010

²⁰ WP244, 13 de dezembro de 2016, orientações para a identificação de uma autoridade supervisora líder do controlador ou processador.

A aplicação do "critério de segmentação" aos titulares de dados que estão na União, de acordo com o Artigo 3 (2), pode ser desencadeada por dois tipos distintos e alternativos de atividades realizadas por um responsável pelo processamento ou subcontratante não estabelecido na União. Além de ser aplicável apenas a um controlador ou processador não estabelecido na União, os critérios de segmentação concentram-se principalmente a o que as "atividades de processamento" estão "relacionadas", o que deve ser considerado caso a caso.

Ao avaliar as condições para a aplicação dos critérios, o EDPB recomenda, portanto, uma dupla abordagem a fim de determinar primeiro se o processamento se refere a dados pessoais de titulares dos dados que estão na União e, em seguida, se diz respeito à oferta de bens ou serviços ou ao controle de comportamento de titulares de dados" na União.

a) Consideração 1: titulares de dados na União

A formulação do Artigo 3 (2) refere-se a "dados pessoais dos titulares dos dados que estão na União". A aplicação dos critérios de segmentação não é, portanto, limitada pela cidadania, residência ou outro tipo de estatuto jurídico da pessoa em questão cujos dados pessoais estão sendo processados. O Considerando 14 confirma essa interpretação e afirma que *"A proteção conferida pelo presente regulamento deve aplicar-se às pessoas singulares, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência, em relação ao processamento de seus dados pessoais"*.

Esta disposição do GDPR reflete direito primário da UE que estabelece um amplo escopo para a proteção de dados pessoais, não se limitando aos cidadãos da UE, com o Artigo 8 da Carta dos Direitos Fundamentais dizendo que o direito à proteção dos dados pessoais não é limitado, mas é para "todos"²¹.

Enquanto a localização do titular de dados no território da União é um fator determinante para a aplicação do critério de segmentação conforme o Artigo 3 (2), o EDPB considera que a nacionalidade ou estatuto jurídico do titular de dados que está na União não pode limitar ou restringir o escopo territorial do regulamento.

O requisito de que o titular de dados esteja localizado na União deve ser avaliado no momento em que a atividade gatilho relevante ocorrer, ou seja, no momento da oferta de bens ou serviços ou no momento em que o comportamento está sendo monitorado, independentemente da duração da oferta feita ou do controle de comportamento realizado.

Exemplo 8: Uma startup criada nos EUA, sem qualquer presença comercial ou estabelecimento na UE, fornece um aplicativo de mapa da cidade para os turistas. O aplicativo processa os dados pessoais relativos a localização dos clientes que utilizam o aplicativo (o titular dos dados), uma vez que começa a usar o aplicativo na cidade que visita, com o objetivo de oferecer propaganda de lugares para visitas, restaurante, bares e hotéis. O aplicativo está disponível para os turistas enquanto visitam Nova Iorque, São Francisco, Toronto, Londres, Paris e Roma.

A startup dos EUA, através de seu aplicativo de mapeamento da cidade, está oferecendo serviços para indivíduos na União (especificamente em Londres, Paris e Roma). O processamento dos dados pessoais dos titulares de dados localizados na UE em conexão com a oferta do serviço se insere no escopo do GDPR conforme o Artigo 3 (2).

²¹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Artigo 8 (1), "Todos têm direito à proteção dos dados pessoais que lhe digam respeito".

O EDPB também deseja destacar que o fato do processamento de dados pessoais de um indivíduo na União por si só não é suficiente para desencadear a aplicação do GDPR ao processamento de atividades de um controlador ou processador não estabelecido na União. O elemento "atingir" indivíduos na UE, seja através da oferta de bens ou serviços a eles ou através do controle do seu comportamento (como esclarecido abaixo), deve também estar sempre presente.

Exemplo 9: Um cidadão dos EUA está viajando pela Europa durante as férias. Na Europa, ele efetua o download e usa um aplicativo de notícias que é oferecido por uma empresa norte-americana. O aplicativo é exclusivamente direcionado ao mercado norte-americano. A coleta de dados pessoais do turista através do aplicativo da empresa norte-americana não está sujeita ao GDPR.

Além disso, deve-se notar que o processamento de dados pessoais de cidadãos ou residentes da UE que ocorre num país terceiro não desencadeia a aplicação do GDPR desde que o processamento não esteja relacionado com uma oferta específica dirigida a pessoas na UE ou a um controle do seu comportamento na União.

Exemplo 10: Um banco em Taiwan tem clientes que são residentes em Taiwan, mas mantêm a cidadania alemã. O banco é atuante apenas em Taiwan; suas atividades não são dirigidas ao mercado da UE. O processamento de dados pessoais dos clientes alemães deste banco não está sujeito ao GDPR.

Exemplo 11: A autoridade de imigração canadense trata os dados pessoais dos cidadãos da UE ao entrar no território canadense com a finalidade de examinar o seu pedido de visto. Este processamento não está sujeito ao GDPR.

b) Consideração 2a: oferta de bens ou serviços, independentemente de ser exigido o pagamento do titular dos dados, aos titulares de dados da União

A primeira atividade a desencadear a aplicação do Artigo 3 (2) é a "oferta de bens ou serviços", um conceito que tem sido mais abordado pela legislação da UE e da jurisprudência, que deve ser levado em conta ao aplicar o critério de segmentação. A oferta de serviços inclui também a oferta de serviços da sociedade de informação, definidas no ponto (b) do Artigo 1 (1) da Diretiva (UE) 2015/1535 como "qualquer serviço da sociedade de informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços".

O Artigo 3 (2) (a) especifica que o critério de segmentação relativo à oferta de bens ou serviços é aplicável, independentemente de ser ou não exigido um pagamento pelo titular dos dados. A definição da atividade de um responsável pelo processamento ou de um subcontratante não estabelecido na União deve ser realizada através de uma oferta de um bem ou serviço e, portanto, não depende se o pagamento é feito em troca ou dos bens ou serviços fornecidos²².

Outro elemento-chave a ser avaliado para determinar se o critério de segmentação do Artigo 3 (2) (a) pode ser cumprido é se a oferta de bens ou serviços é dirigida a uma pessoa na União, ou em outras palavras, se a conduta por parte do controlador ou processador demonstra sua intenção de oferecer

²² See, in particular, CJEU, C-352/85, Bond van Adverteerders and Others vs. The Netherlands State, 26 April 1988, par. 16), and CJEU, C-109/92, Wirth [1993] Racc. I-6447, par. 15

ou um serviço a um titular de dados localizado na União. O Considerando 23 do GDPR esclarece que "a fim de determinar se tal controlador ou processador está oferecendo bens ou serviços para os titulares dos dados que estão na União, deve-se verificar se é evidente que o controlador ou processador visa oferecer serviços aos titulares dos dados em um ou mais Estados-Membros na União".

O Considerando especifica ainda que "o mero fato de estar disponível na União um site do responsável pelo processamento ou subcontratante ou de um intermediário, um endereço eletrônico ou outro tipo de contato, ou de ser utilizada uma língua de uso corrente no país terceiro em que o referido responsável está estabelecido, não é suficiente para determinar a intenção acima referida, mas há fatores, como a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente em um ou mais Estados-Membros, com a possibilidade de encomendar bens ou serviços nessa outra língua, ou a referência a clientes ou usuários que se encontrem na União, que podem ser reveladores de que o responsável pelo processamento tem a intenção de oferecer bens ou serviços a titulares de dados na União".

Atividades de processamento que estão "relacionadas" com a atividade que provocou aplicação do Artigo 3 (2) também se inserem no escopo territorial do GDPR. O EDPB considera que é preciso haver uma ligação entre a atividade de processamento e a oferta de bem ou serviço, mas as conexões diretas e indiretas são relevantes e devem ser levadas em conta.

Os elementos listados no Considerando 23 ecoam e estão em consonância com a jurisprudência do TJUE baseada no Regulamento 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial e, em particular, ao Artigo 15 (1) (c). No acórdão Pammer e Reederei Karl Schlüter GmbH & Co e no Hotel Alpenhof contra Heller (processos C-585/08 e C-144/09), o Tribunal foi chamado a esclarecer o que significa "atividade direta" no entendimento do Artigo 15 (1) (c) do Regulamento 44/2001 (Bruxelas I). O Tribunal de Justiça declarou que, para determinar se um comerciante pode ter a sua atividade considerada como "direcionada" ao Estado-Membro de domicílio do consumidor, no entendimento do Artigo 15 (1) (c), de Bruxelas I, o comerciante deve manifestar a sua intenção de estabelecer relações comerciais com tais consumidores. Neste contexto, o Tribunal considerou elementos de prova capazes de demonstrar que o comerciante previa a realização de negócios com consumidores domiciliados em um Estado-Membro.

Enquanto a noção de "direcionar uma atividade" difere de "ofertar bens ou serviços", o EDPB considera esta jurisprudência no acórdão Pammer, Reederei Karl Schlüter GmbH & Co e Hotel Alpenhof/Heller (processos apensos C-585/08 e C-144/09)²³ como útil para considerar se os bens ou serviços são oferecidos a uma pessoa a quem os dados dizem respeito. Ao levar em conta fatos específicos do caso, os seguintes fatores podem, por conseguinte, ser levados em consideração, eventualmente em combinação entre si:

- A UE ou pelo menos um Estado-Membro é designado por nome com referência ao bem ou serviço oferecido;
- O controlador ou processador de dados paga a um operador de mecanismo de busca por um serviço de referência na Internet a fim de facilitar o acesso ao seu site por consumidores na União; ou o controlador ou processador iniciou campanhas de marketing e propaganda direcionadas a um público focado na UE
- A natureza internacional da atividade em questão, como por exemplo certas atividades turísticas;
- A menção de endereços dedicados ou números de telefone a serem alcançados a partir de um país da UE;

²³ É ainda mais relevante que, nos termos do Artigo 6º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), na ausência de escolha da lei, este critério de "direcionamento de atividade" para o país de residência habitual do consumidor é levado em conta para designar a lei da residência habitual do consumidor como a lei aplicável ao contrato.

- O uso de um nome de domínio de nível superior que não seja o do país terceiro em que o controlador ou processador está estabelecido, por exemplo, ".de", ou o uso de nomes de domínio de nível superior neutros, como ".eu";
- A descrição de instruções de viagem a partir de um ou mais Estados-Membros da UE até o local onde o serviço é prestado;
- A menção de uma clientela internacional constituída por clientes domiciliados em diferentes Estados-Membros da UE, em particular através da apresentação de relatos escritos por tais clientes;
- O uso de uma língua ou uma moeda diferente da que geralmente usado no país da comerciante, especialmente a língua ou a moeda de um ou mais Estados-Membros da UE;
- O controlador de dados oferece a entrega de bens nos Estados-Membros da UE.

Como já mencionado, vários dos elementos listados acima, se considerados isoladamente, podem não constituir uma indicação clara da intenção de um responsável pelo processamento de dados para oferecer bens ou serviços a titulares de dados na União. No entanto, cada um deles deve ser levado em conta em uma análise *in concreto*, a fim de determinar se a combinação de fatores relacionados com as atividades comerciais do responsável pelo processamento pode ser considerada, em conjunto, como uma oferta de bens ou serviços direcionada a titulares de dados na União.

No entanto, é importante lembrar que o Considerando 23 confirma que a simples acessibilidade do site do controlador, processador ou intermediário na União, a menção no endereço eletrônico ou endereço geográfico da Internet ou o seu número de telefone sem código internacional, por si só, não fornece provas suficientes para demonstrar a intenção do controlador ou processador de oferecer bens ou serviços a um titular de dados localizado na União.

Exemplo 12: Um site, baseado e gerenciado na Turquia, oferece serviços para a criação, edição, impressão e envio de álbuns fotográficos de família personalizados. O site está disponível em inglês, francês, holandês e alemão, e os pagamentos podem ser feitos em Euros ou Libras Esterlinas. O site indica que álbuns de fotos só podem ser entregues por correio, no Reino Unido, França, Luxemburgo e Alemanha.

Neste caso, é claro que a criação, edição e impressão de álbuns fotográficos de família personalizados constitui um serviço no entendimento do direito da UE. O fato de que o site está disponível em quatro línguas da UE e que álbuns fotográficos podem ser entregues por correio em seis Estados-Membros da UE demonstra que existe uma intenção por parte do site turco em oferecer os seus serviços às pessoas na União.

Como consequência, é claro que o processamento efetuado pelo site turco, como um controlador de dados, relaciona-se com a oferta de um serviço às pessoas em questão na União e, portanto, está sujeito às obrigações e disposições do GDPR, como por seu Artigo 3 (2) (a).

Nos termos do Artigo 27, o controlador de dados terá de designar um representante na União.

Exemplo 13: Uma empresa privada com sede em Mônaco processa os dados pessoais de seus empregados para fins de pagamento de salário. Um grande número de funcionários da empresa são residentes franceses e italianos.

Neste caso, enquanto o processamento realizado pela empresa se refere aos titulares de dados na França e Itália, estes não pertencem ao contexto de uma oferta de bens ou serviços. Na verdade, a gestão de recursos humanos, incluindo o pagamento de salário por uma empresa de um país terceiro, não pode ser considerada como uma oferta de serviço no entendimento do Artigo 3 (2) (a). O

processamento em jogo não se relaciona com a oferta de bens ou serviços aos titulares dos dados na União (nem para o controle de comportamento) e, como consequência, não está sujeito às disposições do GDPR, conforme o Artigo 3. Esta avaliação não prejudica a legislação aplicável do país terceiro em questão.

Exemplo 14: Uma Universidade Suíça em Zurique está lançando seu processo de seleção de mestrado através da disponibilização de uma plataforma online onde os candidatos podem fazer upload de seu currículo e carta de apresentação, juntamente com os seus contatos. O processo de seleção está aberto a qualquer aluno com um nível suficiente de Inglês e Alemão e possuindo ensino superior completo. A Universidade não divulga especificamente para estudantes em universidades da UE e recebe apenas pagamento em moeda suíça.

Como não há nenhuma distinção ou especificação para estudantes da União na aplicação e processo de seleção de mestrado, não pode ser estabelecido que a Universidade Suíça tem a intenção de atingir alunos de determinados estados membros da UE. O nível suficiente de Alemão e Inglês é um requisito geral que se aplica a qualquer candidato, seja ele um residente suíço, uma pessoa na União ou um estudante de um país terceiro. Sem outros fatores para indicar o direcionamento específico para estudantes nos Estados-Membros da UE, que, portanto, não pode ser estabelecido que o processamento em questão relaciona-se com a oferta de um serviço de educação para titulares na União, e tal processamento, portanto, não estará sujeito às disposições do GDPR.

A Universidade suíça também oferece cursos de verão em relações internacionais e, especificamente anuncia esta oferta nas universidades alemãs e austríacas a fim de maximizar a participação (quórum) nos cursos. Neste caso, há uma clara intenção da Universidade suíça em oferecer tal serviço aos titulares dos dados que estão na União e o GDPR será aplicável às atividades de processamento relacionadas.

b) Consideração 2b: controle do comportamento de titulares de dados

O segundo tipo de atividade que desencadeia a aplicação do Artigo 3 (2) é o controle do comportamento de titulares de dados no que diz respeito ao seu comportamento na União.

O Considerando 24 esclarece que "o processamento de dados pessoais dos titulares de dados que estejam na União por um responsável pelo processamento ou por um subcontratante não estabelecido na União também deve estar sujeito ao presente regulamento quando relacionado com o controle do comportamento dessas pessoas na medida em que o seu comportamento ocorre dentro da União".

Para o Artigo 3 (2) (b), para acionar a aplicação do GDPR, o comportamento controlado deve estar relacionado, em primeiro lugar, com um titular de dados na União e, como critério cumulativo, o comportamento controlado deve estar no território da União.

A natureza da atividade de processamento que pode ser considerada como controle comportamental é especificada no Considerando 24, que estabelece que "a fim de determinar se uma atividade de processamento pode ser considerada controle do comportamento de titulares de dados, deverá determinar-se se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de processamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas

preferências, o seu comportamento e as suas atitudes". Enquanto o Considerando 24 se refere exclusivamente ao controle de um comportamento através do rastreamento de uma pessoa na internet, o EDPB considera que rastreamento através de outros tipos de rede ou tecnologia envolvendo processamento de dados pessoais também deve ser levado em conta para determinar se uma atividade de processamento equivale a um controle comportamental, por exemplo, através de dispositivos portáteis inteligentes e outros.

Ao contrário do disposto no Artigo 3 (2) (a), nem o Artigo 3 (2) (b) ou o Considerando 24 introduzem um grau necessário de "intenção de atingir" por parte do responsável pelo processamento ou do processador de dados para determinar se a atividade de controle acionaria a aplicação do GDPR às atividades de processamento. No entanto, o uso da palavra "controle" implica que o controlador tenha um objetivo específico em mente de coleta e subsequente reutilização dos dados relevantes sobre o comportamento de um indivíduo na UE. O EDPB não considera que qualquer coleta ou análise de dados pessoais de indivíduos na UE seja automaticamente considerada como "controle". Será necessário considerar a finalidade do controlador para processar os dados e, em particular, qualquer análise comportamental subsequente ou técnicas de criação de perfil envolvendo esses dados. O EDPB leva em conta a redação do Considerando 24, que indica que, para determinar se o processamento envolve o controle de um comportamento dos titulares de dados, o rastreio de pessoas singulares na Internet, incluindo o potencial uso subsequente de técnicas de criação de perfis, é uma consideração fundamental.

A aplicação do Artigo 3 (2) (b) quando um controlador ou processador de dados rastreia o comportamento dos titulares de dados que estão na União poderia abranger um amplo leque de atividades de controle, incluindo em particular:

- Propaganda comportamental
- Atividades de geolocalização, em especial para fins de marketing
- Rastreamento on-line através do uso de cookies ou outras técnicas de rastreamento, como impressões digitais
- Serviços personalizados de análise de dieta e saúde on-line
- Circuito Fechado de TV
- Pesquisas de mercado e outros estudos comportamentais baseados em perfis individuais
- Monitoramento ou relatórios regulares sobre o status de saúde de um indivíduo

Exemplo 15: Uma empresa de marketing criada nos EUA fornece orientações sobre layout de varejo para um centro comercial na França, com base numa análise dos movimentos dos clientes em todo o centro coletados através de rastreamento de Wi-Fi.

A análise de movimentos de clientes no centro por meio de rastreamento de Wi-Fi será equivalente ao controle de comportamento de indivíduos. Neste caso, o comportamento dos titulares de dados acontece na União pois o centro comercial está localizado na França. A empresa de marketing, como uma controladora de dados, está, conseqüentemente, sujeita ao GDPR em relação ao processamento de dados para esta finalidade de acordo com o Artigo 3 (2) (b).

De acordo com Artigo 27, o controlador de dados terá de designar um representante na União.

Exemplo 16: Um desenvolvedor de aplicativos estabelecido no Canadá sem possuir estabelecimento no União monitora o comportamento de titulares de dados na União e, portanto, está sujeito ao GDPR, conforme Artigo 3 (2) b. O desenvolvedor usa um processador estabelecido nos EUA para fins de otimização e de manutenção do aplicativo.

Em relação a este processamento, o controlador canadense tem o dever de usar apenas processadores apropriados e para garantir que suas obrigações no escopo do GDPR estejam refletidas no contrato ou ato jurídico que rege a relação com seu processador nos EUA, conforme Artigo 28.

3 PROCESSAMENTO EM UM LOCAL ONDE A LEGISLAÇÃO DE ESTADO-MEMBRO SE APLICA EM VIRTUDE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O artigo 3 (3) prevê que "este regulamento é aplicável ao processamento de dados pessoais por um controlador não estabelecido na União, mas em um lugar onde a lei do Estado-Membro seja aplicável em virtude do direito internacional público". Esta disposição é desenvolvida no Considerando 25, que afirma que "onde a lei do Estado-Membro seja aplicável em virtude do direito internacional público, o presente regulamento deve também se aplicar a um controlador não estabelecido na União, como em missão diplomática de um Estado-Membro ou posto consular". As definições e o status das missões diplomáticas e postos consulares são estabelecidos no direito internacional, respectivamente na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963.

O EDPB considera que o GDPR se aplica ao processamento de dados pessoais realizados por embaixadas e consulados dos Estados-Membros da UE, na medida em que esse processamento se enquadra no escopo de aplicação material do GDPR, conforme definido em seu Artigo 2. Um posto diplomático ou consular de um Estado-Membro, enquanto controlador ou processador de dados, estaria sujeito a todas as disposições relevantes do GDPR, incluindo os direitos do titular dos dados, as obrigações gerais relacionadas com o responsável pelo processamento e o processador e as transferências de dados pessoais a países terceiros ou organizações internacionais.

Exemplo 17: O consulado holandês em Kingston, Jamaica, abre um processo de candidatura on-line para o recrutamento de pessoal local a fim de apoiar a sua administração.

Enquanto o consulado holandês em Kingston, Jamaica, não está estabelecido na União, o fato de que é um posto consular de um país da UE onde a lei Estado-Membro seja aplicável em virtude do direito internacional público torna o GDPR aplicável ao processamento de dados pessoais, de acordo com o Artigo 3 (3).

Exemplo 18: Um navio de cruzeiro alemão viajando em águas internacionais está processando dados dos hóspedes a bordo com a finalidade de adequar a oferta de entretenimento no cruzeiro.

Embora o navio esteja localizado fora da União, em águas internacionais, o fato de ser um navio de cruzeiro registado na Alemanha significa que, em virtude do direito internacional público, o GDPR é aplicável ao processamento de dados pessoais, conforme Artigo 3 (3).

4 REPRESENTANTE DE CONTROLADORES OU PROCESSADORES NÃO ESTABELECIDOS NA UNIÃO

Os controladores ou processadores de dados sujeitos ao GDPR, conforme Artigo 3 (2), são obrigados a designar um representante na União. Um responsável pelo processamento ou um subcontratante que não esteja estabelecido na União, mas sujeito ao GDPR sem designar um representante na União, violaria, por conseguinte, o Regulamento.

Esta disposição não é inteiramente nova, uma vez que a Diretiva 95/46/CE já previa uma obrigação semelhante. Nos termos da Diretiva, esta disposição dizia respeito aos responsáveis pelo processamento não estabelecidos no território da Comunidade que, para fins de processamento de dados pessoais, utilizavam equipamento, automatizado ou não, situado no território de um Estado-Membro. O GDPR impõe a obrigação de designar um representante na União para qualquer

controlador ou processador que estiver dentro do escopo do Artigo 3 (2) a menos que satisfaçam os critérios de isenção previstos no Artigo 27 (2). A fim de facilitar a aplicação desta disposição específica, o EDPB considera necessário fornecer mais orientações sobre o processo de designação, estabelecimento de obrigações e responsabilidades do representante na União conforme o Artigo 27.

Vale a pena notar que um controlador ou processador não estabelecido na União que tenha designado, por escrito, um representante da União, de acordo com o Artigo 27 do GDPR, não se enquadra no escopo do Artigo 3 (1), o que significa que a presença do representante dentro da União não constitui um "estabelecimento" de um controlador ou processador em virtude do Artigo 3 (1).

a) A designação de um representante

O Considerando 80 esclarece que "o representante deverá ser explicitamente designado por um mandato pelo controlador ou do processador, emitido por escrito, que permita ao representante agir em seu nome no que diz respeito às obrigações que lhes são impostas pelo presente regulamento. A designação de tal representante não afeta as responsabilidades que incumbem ao controlador ou ao processador nos termos do presente regulamento. O representante deverá executar as suas tarefas em conformidade com o mandato que recebeu do controlador ou do processador, incluindo em relação à cooperação com as autoridades de controle competentes relativamente a qualquer ação empreendida no sentido de garantir o cumprimento do presente regulamento".

O mandato escrito referido no Considerando 80 rege as relações e obrigações entre o representante da União e o controlador ou o processador de dados estabelecidos fora da União, sem afetar a responsabilidade ou obrigações do controlador ou do processador. O representante na União pode ser uma pessoa física ou jurídica estabelecida na União com capacidade para representar um controlador ou processador de dados estabelecido fora da União em relação a suas respectivas obrigações no escopo do GDPR.

Na prática, a função de representante na União pode ser exercida com base num contrato de prestação de serviços celebrado com um indivíduo ou com uma organização, podendo ser assumida por um vasto leque de entidades comerciais e não comerciais, como gabinetes de advogados, consultorias, empresas privadas, etc., desde que essas entidades estejam estabelecidas na União. Um representante pode também agir em nome de vários controladores e processadores de países terceiros.

Quando a função de representante é assumida por uma empresa ou qualquer outro tipo de organização, recomenda-se que um único indivíduo seja designado como um contato principal e pessoa "responsável" para cada controlador ou processador representado. Geralmente também seria útil especificar esses pontos no contrato de serviço.

O EDPB não considera a função de representante na União compatível com o papel de diretor de proteção de dados externo ("DPO") que seria estabelecido na União. O Artigo 38 (3) estabelece algumas garantias básicas para ajudar a garantir que os DPOs possam realizar suas tarefas com um grau suficiente de autonomia dentro de sua organização. Em particular, os controladores ou processadores são obrigados a garantir que o DPO "não receba nenhuma instrução sobre o exercício de suas tarefas". O Considerando 97 acrescenta que os DPOs, "independente de serem funcionários do controlador, devem estar em uma posição para desempenhar as suas funções e tarefas de forma independente"²⁴. Este requisito de um grau suficiente de autonomia e independência de um diretor de proteção de dados não parece ser compatível com a função de representante da União, sujeito a um mandato

²⁴ Diretrizes do WP29 sobre Diretores de Proteção de Dados ('DPOs'), WP 243 rev.01

do controlador ou processador para os quais atuará em seu nome e, portanto, sob instrução direta²⁵. Além disso, e para complementar esta interpretação, o EDPB lembra a posição já tomada pelo WP29, salientando que "também pode surgir um conflito de interesses, por exemplo, se um DPO externo for convidado a representar o controlador perante os Tribunais nos casos que envolvam questões de proteção de dados". Dado o possível conflito de obrigações e interesses nos processos de execução, o EDPB não considera a função de um representante do controlador de dados na União compatível com o papel do processador de dados para esse mesmo controlador de dados.

Embora o GDPR não preveja qualquer obrigação do controlador ou do representante de notificar a designação deste a uma autoridade de supervisão, o EDPB lembra que, em conformidade com o Artigo 13 (1) (a) e com o Artigo 14 (1) (a), como parte de suas obrigações de informação, os controladores fornecerão aos titulares de dados informações sobre a identidade do seu representante na União. Esta informação deve, por exemplo, ser incluída no aviso de privacidade ou na informação inicial fornecida aos titulares dos dados no momento da coleta de dados. Um controlador que não estiver estabelecido na União, mas esteja abrangido pelo Artigo 3 (2) e que não informe os titulares dos dados que se encontram na União da identidade do seu representante violaria as suas obrigações de transparência, de acordo com o GDPR. Essas informações devem, além disso, ser facilmente acessíveis às autoridades de supervisão a fim de facilitar o estabelecimento de um contato para as necessidades de cooperação.

Exemplo 19: O site citado no exemplo 12, baseado e gerenciado na Turquia, oferece serviços para a criação, edição, impressão e envio de álbuns fotográficos de família personalizados. O site está disponível em inglês, francês, holandês e alemão, e os pagamentos podem ser feitos em Euros ou Libras Esterlinas. O site indica que os álbuns fotográficos só podem ser entregues pelo correio nos países do Reino Unido, França, Luxemburgo e Alemanha. Este site está sujeito ao GDPR, conforme o Artigo 3 (2) (a), desta forma, o controlador de dados deve designar um representante na União.

O representante deve estar estabelecido em um dos Estados-Membros onde o serviço oferecido está disponível, neste caso, no Reino Unido, França, Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo ou Alemanha. O nome e os detalhes de contato do controlador de dados devem fazer parte das informações disponibilizadas on-line aos titulares de dados, uma vez que começam a usar o serviço através da criação do seu álbum fotográfico. Isso também deve aparecer no aviso geral de privacidade do site.

c) As exceções à obrigação designação ²⁶

Embora a aplicação do Artigo 3 (2) aciona a obrigação de designar um representante na União para controladores ou processadores estabelecidos fora da União, o Artigo 27 (2) prevê revogação parcial a partir da designação obrigatória de um representante na União, em dois casos distintos:

- processamento é "ocasional, não inclui, em grande escala, processamento de categorias especiais de dados, tal como referido no Artigo 9 (1) ou processamento de dados pessoais relativos a condenações penais e crimes referidos no Artigo 10", e tal processamento "é pouco provável que resulte em um risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, tendo em conta a natureza, âmbito, alcance e efeitos do processamento". Enquanto o GDPR não define o que constitui um processamento de grande escala, o WP29 já havia recomendado nas suas diretrizes WP243 sobre diretores de proteção de dados

²⁵ Um DPO externo, também atuando como representante na União, poderia, por exemplo, estar em uma situação na qual é instruído a comunicar a um titular de dados uma decisão ou medida tomada pelo controlador ou processador que considerou não compatível com as disposições do GDPR e foram desaconselhadas.

²⁶ Parte dos critérios e interpretação previstas no WP243 (proteção de dados) pode ser usada como uma base para as isenções à obrigação de designação.

(DPOs) que os seguintes fatores, em particular, sejam considerados quando se determina se o processamento é realizado em grande escala: o número de titulares de dados - seja como um número específico ou como uma proporção da população relevante; o volume de dados e/ou a gama de diferentes itens de dados sendo processados; a duração, ou a permanência da atividade de processamento de dados; a extensão geográfica da atividade de processamento²⁷.

Ou

- processo é realizado "por uma autoridade pública ou um organismo".

c) Estabelecimento de um dos Estados-Membros onde se encontram os titulares dos dados cujos dados pessoais são objeto do processamento

(3) O Artigo 27 prevê que "o representante deve estar estabelecido em um dos Estados-Membros onde se encontram os titulares dos dados cujos dados pessoais são objeto do processamento no contexto da oferta que lhes é feita de bens ou serviços ou cujo comportamento é controlado". Nos casos em que uma proporção significativa dos titulares de dados cujos dados pessoais são processados estão localizados em um determinado Estado-Membro, o EDPB recomenda, como uma boa prática, que o representante esteja estabelecido nesse mesmo Estado-Membro. No entanto, o representante deve permanecer facilmente acessível para os titulares nos Estados-Membros onde não está estabelecido e onde os bens ou serviços estão sendo oferecidos ou onde o comportamento está sendo controlado.

O EDPB confirma que o critério para o estabelecimento do representante na União é a localização dos titulares de dados cujos dados pessoais estão sendo processados. O local de processamento, mesmo por um processador estabelecido em outro Estado-Membro, não é aqui um fator relevante para determinar a localização do estabelecimento do representante.

Exemplo 20: Uma empresa farmacêutica indiana não tem presença comercial nem estabelecimento na União, mas está sujeita ao GDPR conforme o Artigo (2) 3, pois patrocina testes clínicos realizados por hospitais na Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos. A maioria dos pacientes que participaram dos testes clínicos estão localizados na Bélgica.

A empresa farmacêutica indiana, como uma controladora de dados, deve designar um representante na União, estabelecido em um dos três Estados-Membros onde os pacientes, enquanto titulares de dados, estão participando dos testes (Bélgica, Luxemburgo e Holanda). Como a maioria dos pacientes são residentes na Bélgica, recomenda-se que o representante esteja estabelecido na Bélgica. Se este for o caso, o representante na Bélgica deve, porém, estar facilmente acessível aos titulares de dados e as autoridades de supervisão na Holanda e Luxemburgo.

Neste caso específico, o representante da União poderia ser o representante legal do patrocinador na União, na forma do Artigo 74 do Regulamento (UE) 536/2014 sobre testes clínicos, desde que este estabelecido em um dos três Estados-Membros, e que ambas as funções são regidas e exercidas em conformidade com cada quadro jurídico.

²⁷ diretrizes do Artigo 29 sobre diretores de proteção de dados (DPOs) adotadas em 13 de dezembro de 2016, conforme revista pela última vez em 5 de Abril de 2017, WP 243 rev.01.

d) As obrigações e responsabilidades do representante

O representante na União atua em nome do controlador ou do processador em relação às obrigações do controlador ou do processador nos termos do GDPR. Isto implica, notavelmente, nas obrigações relativas ao exercício dos direitos dos titulares de dados e, a este respeito e como já foi referido, a identidade e os dados de contato do representante que devem ser fornecidos aos titulares de dados em conformidade com os Artigos 13 e 14. Em conformidade com os direitos dos titulares de dados, o representante legal deve facilitar a comunicação entre os titulares dos dados e o controlador ou o processador representado a fim de tornar efetivos os direitos dos titulares de dados.

Nos termos do Artigo 30, o representante do controlador ou processo deve, em especial, manter um registo das atividades de processamento sob a responsabilidade do controlador ou processador. O EDPB considera que a manutenção deste registo é uma obrigação conjunta e que o controlador ou processador não estabelecido na União deve fornecer ao seu representante todas as informações precisas e atualizadas para que o registo possa ser mantido e disponibilizado pelo representante.

Conforme esclarecido no Considerando 80, o representante também deve desempenhar as suas funções de acordo com o mandato recebido do controlador ou do processador, incluindo a cooperação com as autoridades de supervisão competentes no que se refere a todas as medidas tomadas para garantir o cumprimento do presente regulamento. Na prática, isso significa que uma autoridade supervisora entraria em contato com o representante em conexão com qualquer assunto relacionado às obrigações de conformidade de um controlador ou processador estabelecido fora da União, e o representante seria capaz de facilitar qualquer troca de informações ou procedimentos entre uma autoridade supervisora solicitante e um controlador ou processador estabelecidos fora da União.

Com a ajuda de uma equipe, se necessário, o representante na União deve, por conseguinte, estar em condições de se comunicar de forma eficiente com os titulares de dados e cooperar com as autoridades de supervisão em questão. Isto significa que esta comunicação deve ser na língua ou nas línguas utilizadas pelas autoridades de supervisão e pelos titulares dos dados em questão. Por conseguinte, a disponibilidade de um representante é essencial para garantir que os titulares dos dados e as autoridades de supervisão possam estabelecer facilmente contatos com o controlador ou com o processador não pertencentes à UE.

Em consonância com o Considerando 80 e com o Artigo 27 (5), a designação de um representante na União não afeta a responsabilidade e obrigação do controlador ou do processador em relação ao GDPR e não prejudica as ações legais que possam ser iniciadas contra o controlador ou contra o processador.

Note-se, no entanto, que o conceito de representante foi introduzido precisamente com o objetivo de garantir a aplicação do GDPR em relação aos controladores ou aos processadores abrangidos pelo Artigo 3 (2) do GDPR. Para este fim, foi a intenção de permitir que os executores iniciassem ações de execução contra um representante da mesma forma que fariam contra os controladores ou processadores.

Isso inclui a possibilidade de impor multas e penalidades administrativas e responsabilizar os representantes.

Para o European Data Protection Board

A presidente
(Andrea Jelinek)