



**00879/12/PT
WP 194**

**Parecer 4/2012 sobre a isenção de consentimento para a utilização de
testemunhos de conexão**

Adotado em 7 de junho de 2012

Este Grupo de Trabalho foi instituído pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade. As suas atribuições são descritas no artigo 30.º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE.

O secretariado é assegurado pela Direção C (Direitos Fundamentais e Cidadania da União) da Direção-Geral da Justiça da Comissão Europeia, B-1049 Bruxelas, Bélgica, Gabinete n.º MO-59 02/013.

Sítio Web: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm.

O GRUPO DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS SINGULARES NO QUE DIZ RESPEITO AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

instituído pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995,

tendo em conta o artigo 29.º e o artigo 30.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, da referida diretiva,

tendo em conta o seu regulamento interno,

ADOTOU O SEGUINTE PARECER:

1 Introdução

O artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58/CE, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/136/CE, reforçou a proteção dos utilizadores de redes e serviços de comunicações eletrónicas ao exigir o consentimento informado antes do armazenamento das informações ou do seu acesso através do equipamento terminal do utilizador (ou do assinante). Esta exigência aplica-se a todos os tipos de informações armazenadas ou acessíveis no equipamento terminal do utilizador, embora a questão essencial do debate se centre na utilização de testemunhos de conexão (*cookies*), entendidos na aceção da definição dada pela norma RFC6265¹. Neste contexto, o presente parecer explica qual é o impacto do artigo 5.º, n.º 3, revisto, sobre a utilização de testemunhos de conexão, embora este termo não exclua outras tecnologias semelhantes.

O artigo 5.º, n.º 3, permite que os testemunhos de conexão fiquem isentos da obrigação de consentimento informado se respeitarem um dos seguintes critérios:

CRITÉRIO A: o testemunho é utilizado quando *«tenha como única finalidade efetuar a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas»*.

CRITÉRIO B: o testemunho é *«estritamente necessário ao fornecedor para fornecer um serviço da sociedade da informação que tenha sido expressamente solicitado pelo assinante ou pelo utilizador»*.

Embora as exigências relativas ao consentimento informado já tenham sido examinadas em pormenor em dois pareceres do Grupo de Trabalho², o presente documento visa analisar as isenções ao referido princípio, no contexto dos testemunhos e tecnologias conexas.

Esta análise é efetuada sem prejuízo do direito de ser informado e do eventual direito de recurso previstos na Diretiva 95/46/CE, que se aplicam ao tratamento de dados pessoais, independentemente de os testemunhos serem ou não utilizados.

¹ <http://tools.ietf.org/html/rfc6265>

² Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha e o parecer 2/2010/2011 sobre a recomendação da EASA/IAB relativa às melhores práticas em matéria de publicidade comportamental em linha.

2 Análise

2.1 Critério A

A inclusão da expressão «única finalidade» no CRITÉRIO A limita especificamente os tipos de tratamento que podem ser realizados utilizando testemunhos e não deixa muita margem de interpretação. O mero recurso a um testemunho para facilitar, acelerar ou regular a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas não é suficiente. A transmissão da comunicação não deve ser possível sem recurso ao testemunho. É de sublinhar que na versão original da Diretiva 2002/58/CE, o artigo 5.º, n.º 3, já incluía uma isenção para testemunhos que eram utilizados com a «*finalidade exclusiva de efetuar ou facilitar a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas*». A diretiva revista mantém a mesma redação, mas foi suprimida a expressão «*ou facilitar*», o que pode ser interpretado como mais um indício de que o legislador europeu visava restringir o alcance da isenção autorizada pelo artigo 5.º, n.º 3, a título do CRITÉRIO A.

Pelo menos três elementos podem ser considerados estritamente necessários para efetuar comunicações através de uma rede entre duas partes:

- 1) A capacidade para encaminhar as informações através da rede, nomeadamente identificando as extremidades da cadeia de comunicação;
- 2) A capacidade para trocar os dados na ordem prevista, nomeadamente através da numeração de pacotes de dados;
- 3) A capacidade para detetar erros de transmissão ou perdas de dados.

Entende-se que os termos «*a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas*» constantes do CRITÉRIO A, em especial, o termo «*através de*», se referem a qualquer tipo de intercâmbio de dados que utiliza uma rede de comunicações eletrónicas (como definida na Diretiva 2002/21/CE), incluindo eventualmente os dados de «*nível de aplicação*» que preencham pelo menos uma das propriedades acima definidas, sem limitações de intercâmbios de dados técnicos necessários para a criação da própria rede de comunicações eletrónicas.

O CRITÉRIO A engloba, portanto, testemunhos que preenchem, pelo menos, uma das propriedades acima definidas para as comunicações na Internet.

2.2 Critério B

Do mesmo modo, a formulação do CRITÉRIO B sugere que o legislador europeu tencionou assegurar que a condição necessária para beneficiar da isenção continue a ser estrita. Segundo uma leitura direta da diretiva, um testemunho que corresponda ao CRITÉRIO B tem de reunir simultaneamente as duas condições seguintes:

- 1) Que o serviço da sociedade da informação tenha sido expressamente solicitado pelo utilizador: o utilizador (ou assinante) realizou uma ação positiva para solicitar um serviço com um perímetro claramente definido;

- 2) Que o testemunho seja estritamente necessário à operação dos serviços da sociedade da informação: se os testemunhos estiverem desativados, o serviço não será prestado.

Além disso, o considerando 66 da Diretiva 2009/136/CE sublinha que «[A]s exceções à obrigação de prestar informações e de permitir o direito de recusar deverão limitar-se às situações em que o armazenamento técnico ou o acesso é estritamente necessário para o objetivo legítimo de permitir a utilização de um serviço específico explicitamente solicitado pelo assinante ou utilizador». Por outras palavras, para aplicar a isenção tem de haver um vínculo claro entre a necessidade estrita de um testemunho e a prestação de um serviço expressamente solicitado pelo utilizador.

Mesmo com base nessa leitura da diretiva, continua por definir o que constitui o âmbito de um «serviço da sociedade da informação que tenha sido expressamente solicitado pelo assinante ou pelo utilizador». Um serviço da sociedade da informação pode ser composto por muitos componentes, alguns dos quais não são utilizados por todos os utilizadores ou são fornecidos apenas por uma questão de conveniência sua. Por exemplo, um jornal em linha pode ser livremente acessível por todos, mas pode fornecer algumas funcionalidades suplementares aos utilizadores que estejam ligados (*logged-in*), como a possibilidade de escrever comentários sobre os artigos. Em contrapartida, estas funcionalidades suplementares podem operar com os seus próprios testemunhos. Neste contexto particular, o Grupo de Trabalho considera que um serviço da sociedade de informação deve ser entendido como um conjunto de várias funcionalidades, enquanto o alcance exato de tal serviço pode variar, portanto, de acordo com as funcionalidades solicitadas pelo utilizador (ou assinante).

Como consequência, o CRITÉRIO B pode ser reformulado em termos de «funcionalidades» fornecidas por um serviço da sociedade da informação. Assim, um testemunho que corresponda ao CRITÉRIO B deve reunir as seguintes condições:

- 1) O testemunho é necessário para fornecer uma funcionalidade específica ao utilizador (ou assinante): se estiver desativado, a funcionalidade não estará disponível;
- 2) A funcionalidade foi expressamente solicitada pelo utilizador (ou assinante), como parte de um serviço da sociedade da informação.

2.3 Características dos testemunhos

Os testemunhos são frequentemente classificados de acordo com as seguintes características:

- 1) São «testemunhos de sessão» (*session cookie*) ou «testemunhos persistentes» (*persistent cookie*).
- 2) São «testemunhos de terceiros» (*third party cookies*) ou de outro tipo.

Um «testemunho de sessão» é aquele que é automaticamente suprimido quando o utilizador encerra o seu programa de navegação, enquanto um «testemunho persistente» é aquele que permanece armazenado no equipamento terminal do utilizador até atingir uma data de expiração definida (que pode ser de minutos, dias ou vários anos no futuro).

O termo «testemunho de terceiros» pode induzir em erro:

- No contexto da proteção de dados a nível europeu, a Diretiva 95/46/CE define o terceiro como «a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que não a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade direta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão habilitadas a tratar dos dados». Um testemunho de terceiros faria referência, portanto, a um testemunho instalado por um responsável pelo tratamento diferente daquele que explora o sítio Web visitado pelo utilizador (tal como definido pelo URL – endereço Internet) que aparece na barra de endereços do programa de navegação).
- No entanto, na perspetiva dos programas de navegação, a noção de «terceiro» é definida tendo unicamente em conta a estrutura do URL indicado na barra de endereço do programa de navegação. No caso presente, os testemunhos de terceiros são testemunhos criados por sítios Web que pertencem a um domínio distinto do domínio do sítio Web visitado pelo utilizador e que aparece na barra de endereços do programa de navegação, independentemente de qualquer consideração sobre se esta entidade é um responsável pelo tratamento de dados ou não.

Embora estas duas abordagens se sobreponham muitas vezes, nem sempre são equivalentes. Para efeitos do presente parecer, seguiremos a primeira abordagem e o termo testemunho de terceiros para descrever os testemunhos criados pelos responsáveis pelo tratamento de dados que não operam o sítio Web visitado pelo utilizador. Em contrapartida, o termo testemunho de origem (*first party cookie*) será utilizado para referir um testemunho instalado pelo responsável pelo tratamento de dados (ou um dos seus subcontratantes) que opere o sítio Web visitado pelo utilizador, tal como se define no endereço URL que aparece normalmente na barra de endereços do programa de navegação.

Serão tidas em conta determinadas características a fim de avaliar se um testemunho é «*estritamente necessário*» para a prestação de um serviço, se este serviço é «*expressamente solicitado pelo utilizador*» ou se está limitado a uma «única finalidade», tal como consta da redação dos CRITÉRIOS A ou B.

Um testemunho isento de consentimento deve ter uma duração diretamente relacionada com a finalidade para que é utilizado e estar programado para terminar logo que deixe de ser necessário, tendo em conta as expectativas razoáveis do utilizador ou assinante médio. Daqui resulta que os testemunhos que correspondem ao CRITÉRIO A e ao CRITÉRIO B provavelmente estarão programados para terminar quando a sessão de navegação terminar ou mesmo antes. Mas nem sempre é este o caso. Por exemplo, no cenário de um cesto de compras apresentado no ponto seguinte, um comerciante poderia instalar um testemunho que se mantém depois de terminada a sessão de navegação ou durante mais algumas horas, a fim de ter em conta a possibilidade de o utilizador ter encerrado acidentalmente a sessão e poder ter uma expectativa razoável de recuperar o conteúdo do seu cesto de compras quando regressar ao sítio Web do comerciante nos minutos seguintes. Noutros casos, o utilizador pode solicitar expressamente ao serviço que memorize certas informações de uma sessão para outra, para o qual se exige a utilização de testemunhos persistentes.

Além disso, segundo as definições precedentes, os testemunhos de terceiros normalmente não são «*estritamente necessários*» para o utilizador que visita um sítio Web, uma vez que estão

geralmente associados a um serviço distinto daquele que foi «*expressamente solicitado pelo utilizador*».

Por conseguinte, é muito mais provável que os testemunhos de origem para uma sessão (*first party session cookies*) estejam isentos da obrigação de consentimento do que os testemunhos de terceiros³ persistentes. Muito embora estas características possam servir de indicador inicial para determinar o grau de prioridade das medidas de conformidade, não são suficientes por si só para esclarecer se um testemunho corresponde ao CRITÉRIO A ou ao CRITÉRIO B. Pode conceber-se que um testemunho seja utilizado para autenticar os utilizadores que se ligam a um sítio Web. Este testemunho é utilizado para garantir que o utilizador só pode ter acesso aos conteúdos para que esteja autorizado. Pode utilizar-se um testemunho similar para identificar e seguir os utilizadores através de um determinado domínio, fornecendo-lhes conteúdos personalizados ou publicidade baseada no perfil na posse do operador do sítio Web. Ambos os testemunhos podem ser de tipo similar (ou seja, de sessão ou persistentes); podem ter uma data de expiração semelhante; ou serem de facto controlados por terceiros. O risco para a proteção de dados reside na ou nas finalidades do tratamento, e não nas informações contidas no testemunho.

Em última análise, é pois a finalidade e a aplicação específica ou o tratamento efetuado que devem ser considerados para determinar se um testemunho pode ou não ser isento da obrigação de consentimento de acordo com os CRITÉRIOS A ou B.

2.4 Testemunhos polivalentes

Embora seja possível utilizar um testemunho para várias finalidades, este só pode estar isento da obrigação de consentimento se todas as finalidades diferentes para o qual é utilizado estiverem individualmente isentas dessa obrigação.

Por exemplo, é possível criar um testemunho com um único nome ou valor que pode ser utilizado tanto para efeitos de memorizar as preferências do utilizador como de seguimento. Embora a memorização das preferências do utilizador possa ser considerada, em algumas circunstâncias, abrangida por uma isenção (tal como explicado no ponto 3.6), é muito pouco provável que o seguimento se ajuste aos CRITÉRIOS A ou B. Assim sendo, o próprio sítio Web deverá procurar obter o consentimento do utilizador para efeitos de seguimento. Na prática, tal deveria incentivar os proprietários de sítios Web a utilizar um testemunho diferente para cada finalidade distinta.

Tal como assinalou o Grupo de Trabalho no seu parecer 16/2012, se um sítio Web utiliza vários testemunhos ou testemunhos com várias finalidades, isto não significa que tenha de apresentar uma faixa ou banda (*banner*) separada ou um pedido de consentimento para cada testemunho ou finalidade. Um ponto único de informação e de consentimento, apresentado de modo claro e completo é, na maioria dos casos, suficiente.

³ Algumas tecnologias recentes mais conhecidas por “ever-cookies” ou «zombie-cookies», permitem que os *testemunhos* se mantenham permanentemente no equipamento terminal do utilizador, não obstante todos os esforços razoáveis para os suprimir. É muito pouco provável que tais testemunhos devam ser isentos de consentimento seja qual for o cenário.

3 Cenários de utilização de testemunhos

Neste ponto aplicam-se os critérios de isenção da obrigação de consentimento anteriormente analisados aos cenários de utilização corrente de testemunhos.

3.1 Testemunhos alimentados pelo utilizador (*user input cookies*)

A expressão «testemunhos alimentados pelo utilizador» pode ser utilizada genericamente para designar os testemunhos de sessão que visam conservar de forma coerente os dados inseridos pelo utilizador numa série de troca de mensagens com um prestador de serviços. Em princípio, devem ser testemunhos de origem normalmente associados a um identificador de sessão (número único temporário e aleatório) e que terminam o mais tardar quando a sessão termina.

Os testemunhos de sessão de origem alimentados pelo utilizador são normalmente utilizados para conservar um registo dos dados inseridos pelo utilizador quando preenche formulários em linha ao longo de várias páginas, ou como um cesto de compras, para memorizar os artigos que o utilizador selecionou clicando num botão (por exemplo, «adicionar ao meu cesto de compras»).

Estes testemunhos são obviamente necessários para fornecer um serviço de informação expressamente solicitado pelo utilizador. Além disso, estão vinculados a uma ação do utilizador (como clicar num botão ou preencher um formulário). Enquanto tal, estes testemunhos estão isentos de consentimento a título do CRITÉRIO B.

3.2 Testemunhos de autenticação

Os testemunhos de autenticação são utilizados para identificar o utilizador desde o momento em que inicia a sessão (por exemplo, no sítio Web de um banco em linha). Estes testemunhos são necessários para permitir que os próprios utilizadores se autenticem nas suas visitas sucessivas ao sítio Web e obtenham o acesso a conteúdos autorizados, como visualizar o saldo das suas contas, as transações, etc. Os testemunhos de autenticação são geralmente testemunhos de sessão. A utilização de testemunhos persistentes é igualmente possível mas, como veremos mais adiante, não são considerados exatamente iguais.

Quando um utilizador inicia a sessão solicita expressamente o acesso ao conteúdo ou à funcionalidade para o qual está autorizado. Se não fosse utilizado um autenticador (*token*) armazenado num testemunho, o utilizador teria de fornecer o seu nome de utilizador/senha em cada página solicitada. Por conseguinte, esta funcionalidade de autenticação é uma parte essencial do serviço da sociedade da informação que o utilizador solicita expressamente. Enquanto tal, estes testemunhos estão isentos da obrigação de consentimento a título do CRITÉRIO B.

No entanto, é importante assinalar que o utilizador apenas solicita o acesso ao sítio e à funcionalidade específica para efetuar a tarefa que pretende. O ato de autenticação não deve ser aproveitado para utilizar o testemunho para outras finalidades secundárias, designadamente seguimento do comportamento ou publicidade não consentida.

Os testemunhos persistentes que armazenam um autenticador durante as sessões de navegação não estão isentos da obrigação de consentimento a título do CRITÉRIO B. Trata-se de uma importante distinção porque o utilizador pode não estar consciente imediatamente de que

encerrar o programa de navegação não suprime a configuração da sua autenticação. Os utilizadores podem regressar ao sítio Web com base no pressuposto de que são anónimos, embora na verdade ainda se encontrem ligados ao serviço. O método geralmente considerado de utilizar uma caixa de comprovação (*checkbox*) e uma simples nota informativa como, por exemplo, «recordar os meus dados (utiliza testemunhos)», junto do formulário de pedido, seria um meio adequado para obter o consentimento, o que tornaria desnecessário aplicar uma isenção neste caso.

3.3 Testemunhos de segurança centrados no utilizador

A isenção que se aplica aos testemunhos de autenticação a título do CRITÉRIO B (descrita anteriormente) pode ser alargada a outros testemunhos instalados especificamente para reforçar a segurança do serviço expressamente solicitado pelo utilizador. É este o caso, por exemplo, dos testemunhos utilizados para detetar várias tentativas infrutíferas de iniciar a sessão num sítio Web, ou de outros mecanismos semelhantes destinados a proteger o sistema de início de sessão contra os abusos (embora tal possa ser uma proteção fraca na prática). Contudo, esta isenção não se aplica à utilização de testemunhos relacionados com a segurança de sítios Web nem a serviços de terceiros que não tenham sido expressamente solicitados pelo utilizador.

Embora os testemunhos de início de sessão (*login cookies*) sejam normalmente instalados para terminar no final da sessão, os testemunhos de segurança do utilizador devem ter uma maior duração para cumprir os seus objetivos de segurança.

3.4 Testemunhos de sessão criados por um leitor multimédia

Os testemunhos de sessão criados por um leitor multimédia são utilizados para armazenar os dados técnicos necessários à reprodução de conteúdos vídeo ou áudio, tais como a qualidade de imagem, os parâmetros de velocidade de ligação à rede e os parâmetros da memória-tampão. Estes testemunhos de sessão multimédia são normalmente conhecidos por «*flash cookies*», assim designados porque a tecnologia de vídeo por Internet mais utilizada atualmente é o *Adobe Flash*. Como não existe uma necessidade a longo prazo deste tipo de informações, estes testemunhos terminam logo que a sessão termina.

Quando o utilizador visita um sítio Web que contém conteúdos de texto e de vídeo relacionados, estes dois tipos de conteúdos fazem igualmente parte do serviço expressamente solicitado pelo utilizador. A funcionalidade de visualização de vídeo corresponde, portanto, ao CRITÉRIO B.

Tal como se assinalou no ponto 3.2, para puderem beneficiar da isenção, os operadores de sítios Web devem evitar incluir, nos testemunhos *Flash* ou outros, informações adicionais que não sejam estritamente necessárias à reprodução de conteúdos dos meios de comunicação social.

3.5 Testemunhos de sessão para equilibrar a carga

O equilíbrio da carga é uma técnica que permite distribuir o tratamento dos pedidos de um servidor Web entre um agrupamento de máquinas em vez de apenas uma. Uma das técnicas utilizadas para equilibrar a carga é baseada num equilibrador de carga (*load balancer*): os pedidos Web dos utilizadores são encaminhados para um ponto de acesso de repartição da carga que os envia para um dos servidores internos disponíveis no agrupamento. Em alguns

casos, esta reorientação tem de ser permanente durante uma sessão: todos os pedidos provenientes de um utilizador específico devem ser sempre transmitidos ao mesmo servidor no agrupamento a fim de manter a coerência do tratamento. Entre várias técnicas, um testemunho pode ser utilizado para identificar o servidor a nível do agrupamento, a fim de que o equilibrador de carga reorientar corretamente os pedidos. Estes são testemunhos de sessão.

As informações contidas no testemunho têm por único objetivo identificar as extremidades da cadeia de comunicação (ou seja, um servidor do agrupamento) e são, por conseguinte, necessárias para transmitir a comunicação pela rede. Enquanto tal, estes testemunhos estão isentos da obrigação de consentimento a título do CRITÉRIO A.

3.6 Testemunhos de personalização da interface do utilizador

Os testemunhos de personalização da interface do utilizador são utilizados para armazenar as preferências do utilizador relativas a um serviço ao longo das páginas Web e não estão associados a outros identificadores persistentes, como o nome de utilizador. Só são instalados se o utilizador tiver solicitado expressamente ao serviço que recorde uma determinada informação, por exemplo, clicando num botão ou validando uma opção. Estes testemunhos podem ser de sessão ou ter uma duração de semanas ou meses, em função da sua finalidade.

Exemplos típicos de testemunhos de personalização:

- Os testemunhos relativos à preferência da língua, utilizados para recordar a língua selecionada por um utilizador num sítio Web multilingue (por exemplo, clicando numa «bandeira»).
- Os testemunhos relativos à preferência de visualização dos resultados, utilizados para recordar as preferências do utilizador quanto às pesquisas em linha (por exemplo, selecionando o número de resultados por página).

Estas funcionalidades de personalização são, portanto, expressamente autorizadas pelo utilizador de um serviço da sociedade da informação (por exemplo, clicando num botão ou validando uma opção) se bem que, na falta de informações adicionais, a intenção do utilizador não possa ser interpretada como uma preferência para recordar essa opção mais tempo do que uma sessão de navegação (ou não excedendo algumas horas adicionais). Enquanto tal, apenas os testemunhos de sessão (ou de curta duração) que armazenam esse tipo de informações estão isentos da obrigação de consentimento a título do CRITÉRIO B. Acrescentar informações suplementares num local de destaque (por exemplo, «utiliza testemunhos» ao lado da bandeira) seriam dados suficientes para o consentimento válido tendo em vista recordar a preferência do utilizador durante um período mais longo, eliminando assim a necessidade de aplicar uma isenção neste caso.

3.7 Testemunhos relativos a módulos de extensão (plug-in) para partilha de conteúdos em redes sociais

Muitas redes sociais propõem «módulos de extensão para partilha de conteúdos» que os operadores de sítios Web podem integrar na sua plataforma, nomeadamente para permitir aos utilizadores de redes sociais partilhar conteúdos da sua preferência com os seus «amigos» (e propor outras funcionalidades similares, designadamente a publicação de comentários). Estes módulos de conexão conservam e dão acesso a testemunhos no equipamento terminal do

utilizador para permitir à rede social identificar os seus membros quando interagem com esses módulos.

Para analisar esta modalidade de utilização, é importante distinguir entre os utilizadores «ligados» através do seu programa de navegação a uma conta especial da rede social e os utilizadores «não ligados» que simplesmente não são membros dessa rede social ou que se «desligaram» da sua conta da rede social.

Dado que, por definição, os módulos de extensão para partilha de conteúdos se destinam aos membros de uma determinada rede social, não têm qualquer utilidade para os não membros e, por conseguinte, não correspondem ao CRITÉRIO B relativamente a estes utilizadores. Esta conclusão pode aplicar-se aos membros efetivos de uma rede social que se tenham «desligado» expressamente da plataforma e, por isso, não preveem «ligar-se» à rede social no futuro. O consentimento de não membros e de membros «desligados» é, assim, necessário, para que os testemunhos de terceiros possam ser utilizados pelos módulos de extensão para partilha de conteúdos em redes sociais.

Por outro lado, muitos utilizadores «ligados» esperam poder utilizar e aceder a módulos de extensão para partilha de conteúdos em sítios Web de terceiros. Neste caso particular, o testemunho é estritamente necessário para que uma funcionalidade expressamente solicitada pelo utilizador funcione e para que se aplique o CRITÉRIO B. Estes são testemunhos de sessão⁴: para corresponder à sua finalidade específica, a sua duração deve terminar quando o utilizador se «desliga» da sua plataforma da rede social ou encerra o programa de navegação. As redes sociais que pretendem utilizar testemunhos para outras finalidades (ou com uma duração maior) não previstas no CRITÉRIO B, têm uma oportunidade privilegiada para informar e obter o consentimento dos seus membros através da própria plataforma da rede social.

4 Testemunhos não isentos

Este ponto recorda ou clarifica os cenários de utilização de testemunhos que não estão isentos de consentimento a título dos CRITÉRIOS A ou B.

4.1 Testemunhos de extensão de redes sociais para seguimento

Tal como explicado anteriormente, muitas redes sociais propõem «módulos de extensão para partilha de conteúdos» que os proprietários de sítios Web podem integrar na sua plataforma para prestarem determinados serviços que podem ser considerados como «expressamente solicitados» pelos seus membros. No entanto, esses módulos podem ser igualmente utilizados para efetuar o seguimento de pessoas, tanto membros como não membros, graças aos testemunhos de terceiros para outros fins como, por exemplo, a publicidade comportamental, a análise ou os estudos de mercado.

Tendo em conta as referidas finalidades, estes testemunhos não podem ser considerados «*estritamente necessários*» para fornecer uma funcionalidade expressamente solicitada pelo utilizador. Por conseguinte, estes testemunhos de seguimento não podem estar isentos a título do CRITÉRIO B. Sem consentimento, é pouco provável que exista uma base jurídica para que as redes sociais possam recolher dados, mediante módulos de extensão para partilha de

⁴ Foi demonstrado no ponto 3.2 que os testemunhos de autenticação persistentes não estão isentos de consentimento.

conteúdos, de pessoas não membros da sua rede. Por defeito, os módulos de extensão não deveriam instalar, portanto, testemunhos de terceiros em páginas visualizadas por não membros. Por outro lado, tal como foi anteriormente referido, as redes sociais dispõem de muitas oportunidades para obter o consentimento dos seus membros diretamente na sua plataforma caso pretendam realizar essas atividades de seguimento, depois de terem fornecido aos seus utilizadores informações claras e completas sobre essa atividade.

4.2 Publicidade de terceiros

Os testemunhos de terceiros utilizados na publicidade comportamental não estão isentos de consentimento, como já foi demonstrado em pormenor no parecer 2/2010 e no parecer 16/2011 do Grupo de Trabalho. Esta exigência aplica-se naturalmente a todos os testemunhos de terceiros conexos utilizados na publicidade, incluindo os testemunhos para efeitos da limitação de frequência, historial financeiro e afiliação de publicidade, deteção da fraude do clique, investigação e análise de mercados, melhoria de produto e depuração, pois nenhuma destas finalidades pode ser considerada relacionada com um serviço ou funcionalidade de um serviço da sociedade da informação *expressamente solicitado pelo utilizador*, tal como exige o CRITÉRIO B.

A este respeito, o Grupo de Trabalho tem participado ativamente, desde 22 de dezembro de 2011, nos trabalhos do *World Wide Web Consortium (W3C)* visando harmonizar a tecnologia e o conteúdo da solução «Do Not Track». Considerando que os testemunhos incluem frequentemente identificadores únicos que permitem realizar o seguimento do comportamento do utilizador ao longo do tempo e através de sítios Web, e que estes identificadores poderiam combinar-se com outros dados identificadores ou identificáveis, o Grupo de Trabalho manifesta a sua preocupação com a eventual exclusão da norma «Do Not Track» de certos testemunhos alegadamente necessários para finalidades operacionais. Essas finalidades são: a limitação de frequência, o historial financeiro, a auditoria de terceiros, a segurança, os conteúdos contextuais, a investigação e análise de mercado, a melhoria de produto e depuração⁵. Para que a norma «Do Not Track» seja respeitada pelas empresas que fornecem testemunhos aos cidadãos europeus deve significar de facto «Do Not Collect», sem exceções. Por conseguinte, se um utilizador manifestou expressamente a preferência por não ser seguido (DNT=1), nenhum identificador pode ser instalado ou tratado para efeitos de seguimento. Existem soluções técnicas disponíveis e muitas outras estão a ser desenvolvidas visando aplicar efetivamente o princípio da privacidade desde a conceção, tanto no programa de navegação como no servidor, para atingir as finalidades operacionais acima descritas.

4.3 Analítica de origem

A analítica (*analytics*) é um instrumento de medição estatística de audiências para sítios Web que se baseia frequentemente em testemunhos. Estes instrumentos são utilizados nomeadamente pelos proprietários de sítios Web para medir o número de visitantes únicos, detetar as palavras-chave dos motores de pesquisa que conduzem a uma página Web ou detetar aspetos de navegação de sítios Web. Os instrumentos analíticos atualmente disponíveis utilizam uma série de modelos diferentes de recolha e análise de dados, cada qual apresentando riscos diferentes para a proteção de dados. É indubitável que um sistema analítico de origem baseado em testemunhos de origem apresenta riscos diferentes em comparação com um sistema analítico baseado em testemunhos de terceiros. Existem igualmente instrumentos que utilizam testemunhos de origem enquanto a análise é realizada

⁵ <http://www.w3.org/TR/tracking-compliance/>

por outra parte. Esta outra parte será considerada o responsável comum ou o subcontratante comum, dependendo do facto de utilizar os dados para os seus próprios fins ou estar proibido de o fazer por força de acordos técnicos ou contratuais.

Embora este instrumento seja muitas vezes considerado «estritamente necessário» para os operadores de sítios Web, não é estritamente necessário para fornecer uma funcionalidade expressamente solicitada pelo utilizador (ou assinante). De facto, o utilizador pode ter acesso a todas as funcionalidades fornecidas pelo sítio Web quando esses testemunhos estão desativados. Como consequência, estes testemunhos não são abrangidos pela isenção definida nos CRITÉRIOS A ou B.

No entanto, o Grupo de Trabalho considera que os testemunhos analíticos de origem não são suscetíveis de criar um risco para a privacidade sempre que se limitem estritamente a fins próprios de estatísticas agregadas e quando são utilizados por sítios Web que já fornecem informações claras sobre estes testemunhos, conformes com a sua política de proteção da vida privada, bem como garantias adequadas de proteção da privacidade. Tais garantias deveriam incluir mecanismos de fácil utilização para excluir qualquer recolha de dados e tornar os dados completamente anónimos, a fim de serem aplicáveis a outros dados identificáveis recolhidos, tais como os endereços IP.

A este respeito, caso o artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58/CE venha a ser revisto no futuro, o legislador europeu poderia aditar justamente um terceiro critério de isenção do consentimento para os testemunhos que tenham por finalidade estrita obter estatísticas agregadas e anónimas de origem.

A analítica de origem deve ser claramente distinguida da analítica de terceiros, que utilizam um testemunho de terceiros ordinário para recolher informações de navegação relacionadas com os utilizadores através de diferentes sítios Web e que representam um risco muito maior para a privacidade.

5 Resumo e orientações

A presente análise demonstrou que os testemunhos seguintes podem estar isentos de consentimento informado, sob determinadas condições, se não forem utilizados para finalidades adicionais:

- 1) Os testemunhos alimentados pelo utilizador (identificador de sessão) para a duração de uma sessão ou testemunhos persistentes limitados a algumas horas em certos casos.
- 2) Testemunhos de autenticação, utilizados para prestar serviços autenticados, para a duração de uma sessão.
- 3) Os testemunhos de segurança centrados no utilizador, utilizados para detetar abusos de autenticação, para uma duração limitada e persistente.
- 4) Testemunhos de sessão criados por um leitor multimédia, designadamente os testemunhos de leitor *flash*, para a duração de uma sessão.
- 5) Testemunhos de sessão para equilibrar a carga para a duração de uma sessão.
- 6) Testemunhos persistentes de personalização da interface do utilizador para a duração de uma sessão (ou ligeiramente mais).

- 7) Testemunhos de terceiros para partilha de conteúdos para os membros ligados a uma rede social.

No que diz respeito às redes sociais, o Grupo de Trabalho sublinha, no entanto, que a utilização de testemunhos de terceiros, com módulos de extensão de conteúdos em redes sociais para outras finalidades diversas da prestação de uma funcionalidade expressamente solicitada pelos seus próprios membros, exige o consentimento, nomeadamente se essas finalidades envolverem o seguimento de utilizadores através de sítios Web.

O Grupo de Trabalho recorda que os testemunhos de terceiros utilizados para publicidade não podem estar isentos de consentimento, esclarecendo ainda que o consentimento será igualmente necessário para fins operacionais relacionados com a publicidade de terceiros, tais como a limitação de frequência, o historial financeiro, a afiliação publicitária, a deteção da fraude do clique, a investigação e análise de mercado, a melhoria de produto e a depuração. Embora algumas finalidades operacionais possam certamente estabelecer uma distinção entre os utilizadores, em princípio, essas finalidades não justificam a utilização de identificadores únicos. Este ponto é de especial relevância no contexto do debate atual sobre a aplicação da norma «Do Not Track» na Europa.

A presente análise revela igualmente que os testemunhos de analítica de origem não estão isentos de consentimento, mas representam um risco limitado em matéria de proteção da privacidade, desde que se apliquem as garantias adequadas que incluam informações adequadas, a capacidade de optar facilmente por se retirar e mecanismos que tornem os dados completamente anónimos.

Da análise e dos cenários de utilização de testemunhos que figuram no presente parecer podem extrair-se algumas orientações principais:

- 1) Ao aplicar o CRITÉRIO B, é importante examinar o que é estritamente necessário do ponto de vista do utilizador e não do prestador de serviços.
- 2) Se for utilizado um testemunho para várias finalidades, este só pode estar isento de consentimento informado se cada uma dessas finalidades específicas beneficiar de tal isenção.
- 3) Os testemunhos de origem para uma sessão têm mais probabilidades de estar isentos de consentimento do que os testemunhos de terceiros persistentes. Contudo, é sempre a finalidade do testemunho que deve servir de base para determinar se a isenção pode ser aplicada e não uma das suas características técnicas.

Por último, para decidir se um testemunho está isento da aplicação do princípio do consentimento informado é importante verificar cuidadosamente se preenche algum dos dois critérios de isenção definidos no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2009/136/CE. Após um exame rigoroso, se persistirem dúvidas substanciais sobre o respeito ou não dos critérios de isenção, os operadores de sítios Web devem examinar com atenção se existe a possibilidade prática de obter o consentimento dos utilizadores de uma forma simples e pouco intrusiva, evitando assim qualquer tipo de incerteza jurídica.

Feito em Bruxelas, em 7 de junho de
2012

Pelo Grupo de Trabalho
O Presidente
Jacob KOHNSTAMM