

Flash

Tecnologia, Dados e Inovação Digital

Comissão Europeia aprova novas cláusulas-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros

No passado dia 4 de junho, a Comissão Europeia deu a conhecer o texto final da sua Decisão de Execução (a “Decisão”) relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros¹.

Esta Decisão, muito aguardada², visa dar resposta, no essencial, a três preocupações fundamentais que se faziam sentir (apesar dos diferentes tempos de “maturação” de cada uma delas) em matéria de transferências *cross-border* para países situados fora do Espaço Económico Europeu.



Uma **primeira**, relativa à necessidade de adaptar as cláusulas-tipo anteriormente aprovadas à realidade, diferente e muitíssimo mais complexa, da economia digital dos dias de hoje, a qual envolve novas e sofisticadas cadeias de tratamento de dados e um número crescente – e crescentemente interligado – de exportadores e importadores de dados pessoais.

Nesse sentido, a Comissão sustenta a sua Decisão na necessidade imperiosa de modernização, conferindo às novas cláusulas-tipo uma flexibilidade e amplitude de que as atualmente ainda em vigor não dispõem.

Uma **segunda** preocupação, conexas com a anterior, diz respeito à necessidade de garantir que as cláusulas-tipo estão perfeitamente alinhadas com o disposto no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (o “RGPD”).

Com efeito, as anteriores decisões da Comissão que aprovaram cláusulas-tipo são datadas de 2001 (objeto de alteração em 2004) e 2010, por sua vez assentes no regime constante da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro. Ora, é indiscutível que esse regime refletia uma visão e compreensão das temáticas da privacidade e proteção de dados muito diferente da que é hoje dominante, traduzida em patamares de exigência bastante inferiores àqueles que resultam do RGPD.

Uma **terceira**, finalmente, refere-se à necessidade de assegurar a estabilidade normativa (possível) na sequência do muito mediatizado Acórdão Schrems II do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16 de julho de 2020, que veio declarar a invalidade da Decisão da Comissão Europeia 2016/1250, de 12 de julho, que implementou o “*Privacy Shield Framework*”.

No acórdão em apreço, recorde-se, o Tribunal sublinhou que o recurso a cláusulas-tipo de proteção de dados poderá não ser suficiente *per se* para garantir que o país terceiro (destinatário dos dados) assegura um nível de proteção adequado, em cumprimento do disposto no Capítulo V do RGPD; pelo contrário, refere o Tribunal, será sempre necessário avaliar casuisticamente se a lei do país de destino assegura um nível de proteção adequado, de acordo com as regras e princípios de Direito Europeu, dos dados pessoais transferidos ao abrigo das referidas cláusulas-tipo, oferecendo, se necessário, garantias adicionais e reforçadas face às constantes de tais cláusulas³.

¹ A Decisão de Execução (UE) 2021/914 da Comissão de 4 de junho de 2021, publicada no Jornal Oficial da União Europeia no passado dia 7 de junho.

² E que surge na sequência do Projeto de Decisão de Execução dado a conhecer pela Comissão Europeia em 12 de novembro de 2020.

Ponto de partida: o que são “cláusulas-tipo de proteção de dados”

Compreender o alcance da Decisão da Comissão em análise exige, como ponto prévio, que se perceba exatamente em que consistem as cláusulas-tipo de proteção de dados.

A este respeito, importa ter presente que, nos termos do RGPD, vigora um princípio geral, previsto no artigo 44.º, segundo o qual as transferências de dados pessoais para países terceiros apenas poderão ter lugar se o regime constante dos artigos 45.º a 49.º for cumprido, ou seja, se for possível assegurar, através de algum dos mecanismos disponibilizados no RGPD, que o país de destino dos dados assegura um nível de proteção essencialmente equivalente ao assegurado na União.

Em termos práticos, os preceitos em causa, se lidos de forma integrada, estabelecem três níveis de proteção distintos, de aplicação subsidiária, de acordo com a seguinte operativa.

Nível 1: Decisão de adequação adotada pela Comissão (artigo 45.º)

A Comissão publica no JOUE e no seu [website oficial](#) uma lista dos países terceiros, territórios e setores específicos de um país terceiro e de organizações internacionais relativamente aos quais tenha declarado, mediante decisão, se asseguram ou não um nível de proteção adequado



Caso não exista decisão de adequação

Nível 2: Transferências sujeitas a garantias adequadas (artigos 46.º a 48.º)

Por meio de:

- um instrumento juridicamente vinculativo e com força executiva entre autoridades ou organismos públicos
- regras vinculativas aplicáveis às empresas (as denominadas “binding corporate rules”)
- [cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas pela Comissão](#)
- cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas por uma autoridade de controlo e aprovadas pela Comissão
- código de conduta
- procedimento de certificação



Na falta de uma decisão de adequação ou de garantias adequadas

Nível 3: Derrogações para situações específicas (artigo 49.º)

³ Os parágrafos 133 e 134 do Acórdão Schrems II são bastante elucidativos desta ideia:

133 Afigura-se, assim, que as cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas pela Comissão ao abrigo do artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do mesmo regulamento visam unicamente fornecer aos responsáveis pelo tratamento ou aos seus subcontratantes estabelecidos na União garantias contratuais que se apliquem de maneira uniforme em todos os países terceiros e, como tal, independentemente do nível de proteção garantido em cada um deles. Na medida em que estas cláusulas-tipo de proteção de dados não podem, tendo em conta a sua natureza, fornecer garantias que vão além de uma obrigação contratual de assegurar que o nível de proteção exigido pelo direito da União seja respeitado, podem necessitar, em função da situação existente em determinado país terceiro, da adoção de medidas suplementares por parte do responsável pelo tratamento, a fim de assegurar o respeito desse nível de proteção.

134 A este respeito, como salientou o advogado-geral no n.º 126 das suas conclusões, o mecanismo contratual previsto no artigo 46.º, n.º 2, alínea c), do RGPD baseia-se na responsabilização do responsável pelo tratamento ou do seu subcontratante estabelecidos na União e, subsidiariamente, da autoridade de controlo competente. Por conseguinte, cabe, antes de mais, a esse responsável pelo tratamento ou ao seu subcontratante verificar, caso a caso e, se for caso disso, em colaboração com o destinatário da transferência, se o direito do país terceiro de destino assegura uma proteção adequada, à luz do direito da União, dos dados pessoais transferidos com base em cláusulas-tipo de proteção de dados, fornecendo, se necessário, garantias adicionais às oferecidas por essas cláusulas.



Em traços gerais, as cláusulas-tipo de proteção de dados constituem um mecanismo de garantias adequadas que legitima a realização de transferências de dados pessoais para países localizados fora do Espaço Económico Europeu, relativamente aos quais a Comissão não tenha proferido uma decisão de adequação.

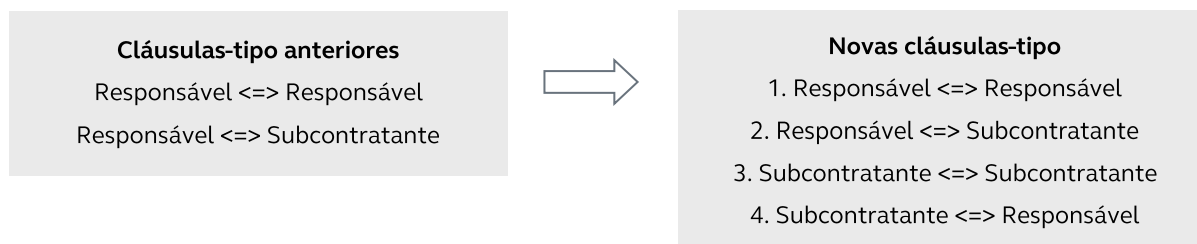
De um ponto de vista prático, as cláusulas-tipo materializam-se num contrato a celebrar entre a entidade que exporta os dados (o exportador) e a entidade que importa ou recebe esses dados no país terceiro (o importador), pese embora as partes possam incluir as cláusulas-tipo num contrato de âmbito mais alargado (e não especificamente dedicado ao tratamento de dados pessoais) ou acrescentar salvaguardas adicionais, desde que as mesmas não contrariem as cláusulas-tipo ou ponham em causa os direitos e liberdades fundamentais dos titulares dos dados.

Quanto ao seu conteúdo, as cláusulas-tipo estabelecem um conjunto de obrigações de natureza legal técnica e organizativa, que deverão ser cumpridas, no essencial, pelos importadores de dados.

O âmbito de aplicação das novas cláusulas-tipo e a sua operativa

Contrariamente às Decisões anteriores, que regulavam apenas as relações entre responsáveis pelo tratamento exportadores e responsáveis pelo tratamento importadores (a Decisão 2001/497/CE) ou entre responsáveis pelo tratamento exportadores e subcontratantes importadores (a Decisão 2010/87), o âmbito de aplicação da Decisão 2021/914 estende-se a quatro tipos de relações, permitindo às partes adaptar as suas obrigações ao concreto papel que desempenharão relativamente às operações de tratamento de dados em questão.

De forma esquemática, as diferenças sintetizam-se da seguinte forma:



Ora, em resultado da integração das cláusulas-tipo numa única Decisão, a operativa da sua aplicação mudou também substancialmente.

Neste sentido, a Comissão organizou a Decisão em 4 módulos, um para cada tipo de relação a estabelecer em concreto entre exportador e importador (ver acima), enunciando, em cada módulo, o conjunto de regras especialmente aplicáveis a essa concreta relação.

Principais Novidades

Alargamento do âmbito de aplicação

Tal como já referido acima, a Decisão veio alargar substancialmente o âmbito de aplicação das cláusulas-tipo, evoluindo de um sistema dual para um sistema mais alargado e completo (corrigindo, desde logo, a até agora inexistência de regras aplicáveis à relação subcontratante – subcontratante), dando, assim, resposta à crescente complexidade da dinâmica de fluxos internacionais de dados pessoais.

Possibilidade de ampliação sucessiva do número de partes (“multy-party use”)

A Decisão prevê, na sua Cláusula 7.^a (sob a epígrafe “cláusula de adesão”), a possibilidade de uma entidade que não seja inicialmente Parte no contrato que incorpora as

cláusulas-tipo pode vir a aderir ao mesmo em qualquer momento, quer na qualidade de exportador ou importador de dados (a denominada “*docking clause*”).

Essa adesão sucessiva, porém, está dependente de autorização das Partes já aderentes, não tendo a entidade aderente quaisquer direitos ou obrigações resultantes das cláusulas-tipo em relação ao período antes de se ter tornado Parte.

Avaliação prévia de impacto

Em estreito alinhamento com o Acórdão *Schrems II*, a Decisão vem obrigar as Partes, antes da celebração de um contrato incorporando as cláusulas-tipo, a levar a efeito um procedimento de avaliação de impacto em momento prévio à transferência de dados, no qual deverá ser analisado o

nível de proteção assegurado pelo país de destino dos dados.

Essa avaliação de impacto, traduzida numa camada suplementar de *due diligence*, deverá obedecer aos critérios e parâmetros estabelecidos na Cláusula 14.^a da Decisão e ficar documentada, de forma a poder ser disponibilizada à autoridade de controlo competente, mediante pedido.

Dispensa de celebração de acordos suplementares

As regras previstas nos Módulos Dois (“transferência de responsável pelo tratamento para subcontratante”) e Três (“transferência entre subcontratantes”) da Decisão, pela circunstância de estarem alinhadas com o disposto no RGPD, cumprem de per se as exigências do próprio RGPD quanto à necessidade de existência de acordos de tratamento de dados pessoais, o que significa, em termos práticos, que a adoção das cláusulas-tipo elimina a necessidade de

celebração de um qualquer outro acordo independente (em particular, de um acordo de tratamento de dados) sobre a mesma matéria, nos termos do disposto no artigos 28.º, n.ºs 3 e 4 do RGPD. Nos casos em que esses acordos continuem a ser celebrados, antecipa-se uma significativa standardização dos seus termos, de modo a evitar a previsão de disposições conflitantes com as novas cláusulas-tipo (e em face das regras de hierarquização previstas na Cláusula 5.^a da Decisão).

Responsabilidade proativa

A Decisão parece acolher o princípio da responsabilidade proativa já resultante do RGPD, obrigando as Partes, em variadíssimas passagens, a assegurar a possibilidade de demonstração do cumprimento com o disposto na Decisão e, em particular, nos módulos que se mostrem em concreto aplicáveis.

As novas cláusulas-tipo e o Acórdão Schrems II

É indiscutível que as novas cláusulas-tipo incorporam um número muito significativo de obrigações com vista a dar resposta ao Acórdão Schrems II.

No entanto, importa sublinhar que a adoção das novas cláusulas-tipo não será, por si só, suficiente para assegurar a licitude das transferências internacionais de dados, sendo ainda necessário o cumprimento das exigências constantes do Acórdão Schrems II e a consideração das Recomendações do Comité Europeu para a Proteção de Dados.

Em particular, a exigência de cumprimento do procedimento de avaliação de impacto afigura-se, no Acórdão Schrems II e na Decisão, de extraordinária importância, servindo, no essencial, para avaliar o grau de equivalência normativa existente (no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais dos titulares dos dados) entre o país exportador e o país importador dos dados.

Entrada em vigor e prazo de implementação

Tendo sido publicada no JOUE no passado dia 7 de junho, a Decisão entrará em vigor no próximo dia 27 de junho de 2021 (o vigésimo dia seguinte ao da sua publicação).

A partir dessa data, as organizações beneficiarão de um prazo de 18 meses para assegurar a conformidade dos seus contratos com a Decisão, nos seguintes termos.

As Partes poderão utilizar tanto as novas cláusulas-tipo como as aprovadas pelas Decisões 2001/497/CE e 2010/87UE até 27 de setembro de 2021.



Em todo o caso, os exportadores e importadores de dados que fundamentem transferências internacionais de dados nas cláusulas-tipo anteriores durante este período de transição estão obrigados ao cumprimento das exigências estabelecidas no Acórdão Schrems II e à consideração das Recomendações do Comité Europeu para a Proteção de Dados, o que significa, portanto, que as cláusulas-tipo anteriores terão necessariamente de ser “robustecidas” de forma a apresentarem garantias adequadas, nos termos do RGPD e da jurisprudência europeia.

Fica estabelecido que os contratos celebrados antes de 27 de setembro de 2021 com base nas anteriores Decisões proporcionam garantias adequadas até 27 de dezembro de 2022, desde que as operações de tratamento objeto do contrato permaneçam inalteradas e que o recurso a essas cláusulas garanta que a transferência de dados pessoais está sujeita a garantias adequadas.



Caso se introduzam alterações nos tratamentos objeto das cláusulas-tipo, os exportadores e importadores de dados ficarão obrigados a subscrever as novas cláusulas-tipo, independentemente de estar ainda a decorrer o período de transição.

A partir de 27 de dezembro de 2022, a utilização das cláusulas-tipo aprovadas pelas Decisões 2001/497/CE e 2010/87UE será proibida.

Próximos passos

Os desafios para as organizações trazidos pela Decisão são em número considerável e apresentam um nível de sensibilidade muitíssimo elevado.

Neste sentido, cabe às organizações, a título prioritário, e com carácter de urgência, proceder a um mapeamento detalhado dos casos em que existam transferências internacionais de dados para países terceiros (independentemente da qualidade em que procedam ao tratamento desses dados) ao abrigo das anteriores cláusulas-tipo aprovadas pela Comissão e, nessa sequência, avaliar, caso a caso, que alterações terão de ser introduzidas (às cláusulas e aos contratos onde elas se encontrem materializadas) de forma a garantir o cumprimento das novas exigências legais.

O passo seguinte deverá passar pela concretização dessas alterações, levando a efeito o procedimento de avaliação prévia a que acima fizemos referência, assegurando a adoção das novas cláusulas-tipo, criando condições para o cumprimento das exigentes obrigações de documentação previstas na Decisão e, em paralelo, identificando as medidas suplementares que, em cada caso, deverão ser adotadas.

Certo é que a adoção das novas cláusulas-tipo não será, por si só, suficiente para garantir o respeito pelo que foi decidido no âmbito do Acórdão *Schrems II*.

Como podemos ajudar

A CS Associados dispõe de uma equipa experiente e especializada nos domínios da privacidade e proteção de dados pessoais, estando à disposição para auxiliar quaisquer organizações, independentemente do setor de atividade em que se insiram, em todo o processo de adaptação ao novo quadro normativo.

Contactos:

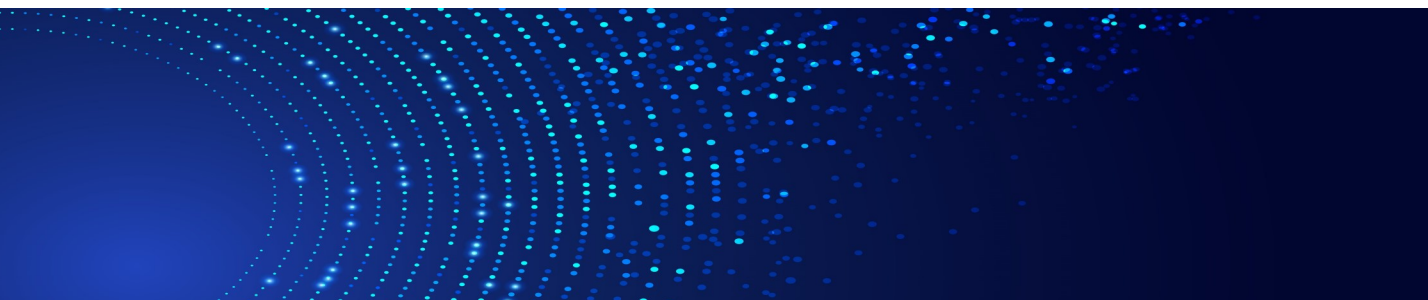
Jorge Silva Martins
jorge.silvamartins@csassociados.pt



João Carminho
joao.carminho@csassociados.pt



www.csassociados.pt
17 de junho de 2021



O presente documento tem carácter meramente informativo. A informação nele contida tem carácter geral, não é – e não pretende ser – exaustiva e não substitui o recurso a aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos. Esta informação não pode ser reproduzida, no todo ou em parte, sem expressa autorização da CS Associados. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este documento, por favor contacte-nos através do endereço de e-mail jorge.silvamartins@csassociados.pt.