

Processo C-65/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

8 de fevereiro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

22 de setembro de 2022

Demandante, recorrente e recorrente em «Revision»:

MK

Demandada, recorrida e recorrida em «Revision»:

K GmbH

Objeto do processo principal

Regulamento (UE) 2016/679 – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados – Tratamento de dados pessoais no contexto laboral – Direito de indemnização – Pressupostos – Licitude do tratamento de dados – Necessidade do tratamento de dados – Margem de apreciação das partes num acordo setorial – Fiscalização jurisdicional – Danos – Cálculo do montante do dano imaterial a indemnizar

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. Deve uma disposição de direito nacional adotada ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679 – como o § 26, n.º 4, da Lei Federal

de Proteção de Dados –, na qual se estabelece que é permitido o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, incluindo categorias especiais de dados pessoais, relativos aos trabalhadores, com base em convenções coletivas e com respeito do artigo 88.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679, ser interpretada no sentido de que também se tem de respeitar sempre as demais disposições do Regulamento (UE) 2016/679, como o artigo 5.º, o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 9.º, n.ºs 1 e 2?

2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

Pode uma disposição de direito nacional adotada ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679 – como o § 26, n.º 4, da Lei Federal de Proteção de Dados –, ser interpretada no sentido de que as partes numa convenção coletiva (neste caso, as partes num acordo setorial) dispõem, na apreciação da necessidade do tratamento de dados, na aceção do artigo 5.º, do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento (UE) 2016/679, de uma margem de apreciação apenas passível de fiscalização jurisdicional limitada?

3. Em caso de resposta afirmativa à segunda questão:

A que deve limitar-se essa fiscalização jurisdicional?

4. Deve o artigo 82.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679 ser interpretado no sentido de que as pessoas têm o direito de ser indemnizadas por danos imateriais quando os seus dados pessoais tenham sido tratados em violação do Regulamento (UE) 2016/679, ou o direito ao ressarcimento dos danos imateriais pressupõe, além disso, que se demonstre ter-se efetivamente sofrido um dano imaterial (com alguma gravidade)?

5. O artigo 82.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679 tem natureza preventiva especial ou geral e impõe-se ter isso em conta na determinação do montante da indemnização pelo dano imaterial a cargo do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, com base nesse mesmo artigo 82.º, n.º 1?

6. Para efeitos da determinação do montante da indemnização pelo dano imaterial a pagar com fundamento no artigo 82.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679, importa atender ao grau de culpa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante? Concretamente, pode a inexistência de culpa ou a reduzida intensidade da mesma por parte do responsável pelo tratamento ou do subcontratante ser tida em conta a seu favor?

Disposições de direito da União invocadas

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a

Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, a seguir «RGPD») (JO 2016, L 119, p. 1), em especial artigos 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 82.º, n.º 1, e 88.º, n.ºs 1 e 2

Disposições de direito nacional invocadas

Bundesdatenschutzgesetz (Lei Federal de Proteção de Dados, a seguir «BDSG») de 30 de junho de 2017 (*BGBI. I*, p. 2097), mais recentemente alterada pelo artigo 10.º da Lei de 23 de junho de 2021 (*BGBI. I*, p. 1858; 2022 I 1045), em especial § 26

«§ 26 Tratamento de dados no contexto laboral

(1) Os dados pessoais relativos aos trabalhadores podem ser tratados para efeitos da relação laboral, se tal for necessário para decidir da constituição de uma relação de trabalho ou, após a constituição da relação de trabalho, para a sua execução ou cessação, ou para a satisfação ou o cumprimento de direitos e obrigações relacionados com a defesa dos interesses dos trabalhadores previstos na lei ou numa convenção coletiva ou em acordo de empresa ou da função pública (acordo coletivo de trabalho) [...]

[...]

(4) O tratamento de dados pessoais, incluindo categorias especiais de dados pessoais relativos aos trabalhadores, é autorizado com base em acordos coletivos. Os negociadores devem respeitar, neste âmbito, o artigo 88.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679».

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O demandante intentou uma ação ao abrigo do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, contra a demandada, a sua empregadora, pedindo que esta seja condenada a indemnizar-lhe os danos imateriais sofridos em resultado da violação do RGPD.
- 2 A demandada utilizava inicialmente, para efeitos da gestão dos recursos humanos, um sistema comum de gestão de dados (sistema de gestão de recursos humanos), no qual – em harmonia com o acordo setorial aplicável – se registavam, entre outros, os seguintes dados dos trabalhadores: informação salarial, endereço particular, data de nascimento, idade, estado civil, número de segurança social e número de identificação fiscal.
- 3 Em 2017, o grupo empresarial a que pertence a demandada planeou, a nível de todo o grupo, migrar para o sistema de gestão de recursos humanos «Workday», que funciona em nuvem. Neste contexto, a demandada carregou, no período entre 24 de abril e 18 de maio de 2017, entre outros, os seguintes dados do demandante no sítio *web* da sociedade-mãe do grupo: apelido, nome próprio, número de

telefone profissional, endereço eletrónico profissional, informação salarial (remuneração anual e mensal, ordem de grandeza dos prémios de desempenho), endereço particular, data de nascimento, idade, estado civil, número de segurança social e número de identificação fiscal.

- 4 Posteriormente, foi celebrado com o conselho de empresa um acordo setorial provisório, relativo a dados muito específicos: número de identificação pessoal, apelido, nome próprio, número de telefone, data de admissão, data de admissão no grupo empresarial, local de trabalho, empresa (K/Dental), local de trabalho, empresa, número de telefone profissional e endereço eletrónico profissional. O prazo de validade e de produção de efeitos do acordo setorial provisório foi prorrogado várias vezes. Em 23 de janeiro de 2019, entrou finalmente em vigor um «acordo-quadro setorial para a exploração de sistemas de TI» e um «acordo setorial para a introdução e a utilização do Workday».
- 5 O demandante entende que o tratamento dos seus dados, no contexto dos testes do novo sistema de gestão de recursos humanos, não cumpriu o RGPD. Na presente fase já só põe em causa o tratamento dos seus dados no período entre 25 de maio de 2018 – o primeiro dia de vigência do RGPD – e o final do primeiro trimestre de 2019.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 6 O demandante entende que lhe assiste o direito, ao abrigo do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, de ser indemnizado pelos danos imateriais sofridos, no valor de 3 000 euros.
- 7 Segundo refere, nos termos do RGPD e das disposições aplicáveis da BDSG, a demandada não estava autorizada a tratar dados pessoais seus no sistema de gestão de recursos humanos «Workday», que funciona em nuvem, durante o período entre 25 de maio de 2018 e o final do primeiro semestre de 2019.
- 8 Durante este período, o tratamento de dados, necessário à relação de trabalho em vigor entre as partes, vinha sendo feito através do sistema de gestão de recursos humanos até então utilizado, pelo que não era de modo algum necessário à relação de trabalho transferir esses dados para outro sistema e trabalhá-los aí, durante o mesmo período temporal. O tratamento de dados realizado também não era necessário para efeitos de teste do posterior funcionamento do «Workday», enquanto sistema de gestão de recursos humanos comum a todo o grupo. Efetivamente, na fase de testes poder-se-iam ter utilizado dados fictícios; não havia necessidade de se recorrer a dados reais e torná-los acessíveis, através do «Workday», a todo o grupo.
- 9 Ainda segundo o demandante, na medida em que o Tribunal considere, ao contrário daquele que é o seu entendimento, que o recurso a dados reais era necessário, ou que o acordo setorial provisório constituía fundamento jurídico bastante para o tratamento de dados com recurso a dados reais, sempre se terá de

considerar que os termos da autorização contida no acordo setorial provisório foram extravasados. Pois a demandada transferiu, para além das categorias de dados referidos no acordo setorial provisório, outros dados, como os seus dados de contacto pessoais, detalhes do seu contrato e da remuneração por si auferida, o seu número de segurança social, o seu número de identificação fiscal, a sua nacionalidade e o seu estado civil. A demandada não estava autorizada para o efeito, nem pelo acordo setorial provisório nem por outra via.

- 10 O demandante considera que o ónus de alegação e de prova recai essencialmente sobre a demandada. Cabe a esta alegar e demonstrar que a sua conduta respeita efetivamente o RGPD.
- 11 O demandante refere também que há uma causalidade entre a violação pela demandada do RGPD e os danos imateriais por ele sofridos. O tratamento não necessário de dados no «Workday», e seguramente a transferência dos seus dados dentro do grupo, bem como a sua acessibilidade inclusivamente por terceiros não autorizados, gera um dano imaterial. Há, além disso, o perigo de utilização abusiva dos seus dados por terceiros, o que o coloca, enquanto titular de dados, numa situação de incerteza. Enquanto trabalhador, não pode saber se os seus dados, que a demandada transferiu dentro do grupo, foram ou estão a ser utilizados por essa demandada ou mesmo por terceiros, nem, em caso afirmativo, em que medida e para que finalidade. Assim, atendendo às potencialidades e finalidades do «Workday», é concebível que os seus dados pessoais estejam a ser utilizados para efeitos de «profiling», ou seja, para a definição e/ou uso de perfis. O facto de o demandante, enquanto trabalhador, não ter acesso às condições internas do tratamento de dados realizado pela demandada, e, portanto, não lhe ser possível concretizar as suas alegações, constitui um motivo complementar para que o ónus de alegação e de prova recaia essencialmente sobre o empregador, ou seja, sobre a demandada. De resto, a suscetibilidade de utilização abusiva dos dados basta para que se verifiquem danos imateriais, pois o demandante já perdeu o controlo sobre os seus dados pessoais, na aceção do considerando 85 do RGPD.
- 12 É irrelevante que a transferência de dados para preenchimento do «Workday» tenha ocorrido antes do momento a partir do qual o RGPD se tornou aplicável estipulado no seu artigo 99.º, n.º 2, uma vez que a conduta em causa se reconduz a uma atividade continuada. A este propósito, importa ainda ter em conta que, ao contrário do que exigem o RGPD e a BDSG, não estava previsto um procedimento para o apagamento dos dados tratados no «Workday» (supostamente) para efeitos de teste.
- 13 O demandante entende que o seu direito de personalidade foi gravemente violado, por força do incumprimento do RGPD e da BDSG e por causa dos riscos de utilização abusiva com ele relacionados. Tem de ser indemnizado de modo efetivo, nos termos que também resultam do considerando 146 do RGPD. Constitui agravante a circunstância de a demandada, ou a sua antecessora jurídica, ter violado as regras em causa dolosamente, consciente de que estava a incumprir

o direito em matéria de proteção de dados pessoais e normas constitucionais aplicáveis às empresas.

- 14 A demandada entende que não violou o direito em matéria de proteção de dados pessoais. A legalidade do tratamento por si realizado resulta do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD, do § 26, n.º 1, da BDSG e/ou do § 26, n.º 4, da BDSG, em conjugação com o acordo setorial provisório.
- 15 Segundo refere, o demandante não tem o direito de ser indemnizado nos termos do artigo 82.º do RGPD. Não alegou os pressupostos da responsabilidade nem os factos que os pudessem preencher.
- 16 O demandante, sobre quem recai o ónus de alegação e de prova, não expôs suficientemente a verificação de um dano imaterial e tampouco estabeleceu um nexo de causalidade entre esses eventuais danos e uma conduta imputável à demandada. Na parte em que o demandante apresenta meros indícios de uma violação concreta, recai sobre a demandada, no máximo, um ónus de alegação secundário.
- 17 Para que se verifique um dano não basta um simples sentimento de incómodo ou uma violação menor, sem a verificação de um prejuízo relevante. Em vez de expor ter sofrido um dano, o demandante limita-se a alegar que corre o risco de sofrer um dano. Ora, uma situação deste tipo não constitui um dano indemnizável nos termos do artigo 82.º do RGPD. Na realidade, é pressuposto do direito de indemnização a verificação de uma violação grave do direito geral de personalidade, insuscetível de ser compensada de outra forma. O demandante não alegou estar-se perante uma situação deste tipo.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

1. Notas prévias

- 18 A demandada, enquanto responsável pelo tratamento (artigo 4.º, ponto 7, do RGPD), trata (artigo 4.º, ponto 2, do RGPD) dados pessoais (artigo 4.º, ponto 1, do RGPD) do demandado num contexto laboral. Este tratamento é abrangido pelo âmbito de aplicação material do RGPD, como definido no artigo 2.º, n.º 1.
- 19 No que respeita ao tratamento de dados em causa no processo principal, que teve lugar entre 25 de maio de 2018 e o final do primeiro trimestre de 2019, esta Secção parte do princípio de que a circunstância de os dados pessoais do demandante, ora em causa, terem sido carregados ou transferidos do sistema de gestão de recursos humanos, até então utilizado, para o sítio *web* da sociedade-mãe, entre 24 de abril e 18 de maio de 2017, ou seja, antes de 25 de maio de 2018, data em que o RGPD passou a ser aplicável, nada altera quanto à «responsabilidade» da demandada, na aceção do artigo 4.º, ponto 7, do RGPD. A demandada mantém-se como responsável, na aceção deste artigo 4.º, ponto 7, do RGPD, mesmo após a referida data. De facto, não se exige para este efeito que o

responsável pelo tratamento determine individualmente as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais. Nos termos do artigo 4.º, ponto 7, do RGPD, pode fazê-lo também em conjunto com outros. Na realidade, esta Secção entende que a responsabilidade da demandada, na aceção do artigo 4.º, ponto 7, do RGPD, se manteria inalterada mesmo que esta tivesse invocado no processo não dispor, ou só dispor limitadamente, de poder de decisão dentro do grupo, acerca da utilização de dados no «Workday». De facto, a demandada não se esforçou, a partir do momento em que o RGPD passou a ser aplicável, pela restituição ou pelo apagamento dos dados do demandante que foram carregados no «Workday». Nem uma nem outra coisa tiveram lugar. Antes pelo contrário, a demandada, através das sucessivas prorrogações do prazo de validade e de produção de efeitos do acordo setorial provisório, mais recentemente até 19 de janeiro de 2019, deu a entender ter atuado continuamente como responsável, na aceção do artigo 4.º, ponto 7, do RGPD, a fim de assegurar o funcionamento provisório do «Workday» – carregado, nomeadamente, com os dados pessoais do demandante ora controvertidos – até à celebração de novos acordos setoriais.

- 20 Subjaz tanto ao ora exposto, como ao que se expõe de seguida, uma certa interpretação das disposições do RGPD. Caso o Tribunal de Justiça a considere inexata, pede-se-lhe que, para além de responder às questões prejudiciais, forneça as indicações que tenha por necessárias acerca da interpretação das referidas disposições. Neste sentido, podem também assumir importância indicações concretas relacionadas com o presente caso em matéria de transferência e tratamento de dados dentro de um mesmo grupo.

2. Quanto à primeira questão

- 21 Com a primeira questão prejudicial, esta Secção pretende apurar se uma disposição de direito nacional adotada ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD – como o § 26, n.º 4, da Lei Federal de Proteção de Dados –, na qual se estabelece que é permitido o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, incluindo categorias especiais de dados pessoais, relativos aos trabalhadores, com base em convenções coletivas e com respeito do artigo 88.º, n.º 2, do RGPD, deve ser interpretada (em termos conformes ao direito da União), no sentido de que também se tem de respeitar sempre as demais disposições do RGPD, como o artigo 5.º, o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD. Indissociável desta questão é a questão de saber o que se deve entender por «normas mais específicas» na aceção do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD.
- 22 A resposta do Tribunal de Justiça a esta questão releva para a boa decisão do processo principal, no que respeita à apreciação, pela Secção, da licitude do tratamento de dados previsto e realizado ao abrigo do acordo setorial provisório, enquanto convenção coletiva. Concretamente, estão em causa os registos de dados pessoais enunciados no acordo setorial provisório (v. *supra*, n.º 4).
- 23 No que respeita aos dados pessoais do demandante (informação salarial, endereço particular, data de nascimento, idade, estado civil, número de segurança social e

número de identificação fiscal) transferidos pela demandada, entre 24 de abril e 18 de maio de 2017, para serem carregados no programa informático «Workday», instalado num sítio *web* da sociedade-mãe, e que extravasam os registos de dados pessoais enunciados no acordo setorial provisório, esta Secção entende que os mesmos não estavam cobertos pelo referido acordo setorial provisório e, portanto, devem ser apreciados não ao abrigo do § 26, n.º 4, da BDSG, mas sim do § 26, n.º 1, da BDSG. De resto, este tratamento de dados em excesso também não deve ser considerado necessário, na aceção do § 26, n.º 1, da BDSG ou do artigo 5.º e do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD, por ser de assumir que o acordo setorial provisório, do qual a demandada é (co)outorgante, contém todos os registos de dados pessoais que a própria considerou necessários para a realização dos testes por si invocados. Contudo, esta Secção entende que não basta, para que possa decidir o processo principal sem submissão de um pedido de decisão prejudicial, que uma parte do tratamento de dados impugnado pelo demandante possa ser considerada ilícita. Na realidade, esta Secção entende que a prolação de decisão no processo principal exige uma apreciação de conjunto do tratamento de dados, pois isso influencia ou pode influenciar o juízo acerca da amplitude da violação das normas de garantia e o montante de uma eventual indemnização.

- 24 O § 26, n.º 4, da BDSG, nos termos do qual o tratamento de dados pessoais, incluindo categorias especiais de dados pessoais relativos aos trabalhadores, é autorizado com base em acordos coletivos, sendo que os negociadores devem respeitar o artigo 88.º, n.º 2, do RGPD, pode – de acordo com o seu teor – ser interpretado no sentido de não se ter de respeitar outras disposições do RGPD para além do referido artigo 88.º, n.º 2. A ser assim, um certo tratamento de dados no contexto laboral, que à partida seria ilícito por desrespeito do princípio da necessidade, como consagrado no § 26, n.º 1, da BDSG, no artigo 5.º, no artigo 6.º, n.º 1, e no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD, e por não haver consentimento do titular, seria afinal admissível ou estaria justificado pelo simples facto de estar previsto numa convenção coletiva (neste caso, um acordo setorial). Num caso como o do processo principal isso significaria que, pelo simples facto de o regime do tratamento de dados constar de uma convenção coletiva, não haveria que apreciar a necessidade do tratamento de dados, ao contrário do que sucederia com um regime consagrado noutra diploma com natureza jurídica geral, por exemplo numa lei.
- 25 Esta Secção parte do princípio de que a interpretação do § 26, n.º 4, da BDSG, exposta no n.º 24, *supra*, não é compatível com o RGPD. Embora se tenha presente que as partes numa convenção coletiva – *in casu*, um acordo setorial – dispõem de uma maior proximidade com a matéria a regular e que se poderia assumir que em regra terão conseguido atingir um equilíbrio adequado entre os interesses contrapostos, o artigo 88.º, n.º 1, do RGPD estatui que os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, «normas mais específicas» para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral. Esta Secção entende que não se pode extrair desta passagem que se possam ignorar, no caso da regulação em convenção

coletiva – aqui, em acordo setorial provisório –, as previsões em matéria de necessidade, que constam em especial do artigo 5.º, do artigo 6.º, e do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD. Na opinião da Secção, uma convenção coletiva não pode isentar do seu cumprimento. Antes parece ser de considerar que a expressão «normas mais específicas», na aceção do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD – entendidas como normas jurídicas ou como normas de uma convenção coletiva – pressupõe sempre o respeito das demais disposições do RGPD.

- 26 Esta Secção considera, de resto, que a referência, no § 26, n.º 4, da BDSG, ao artigo 88.º, n.º 2, do RGPD, também não tem outro alcance. O artigo 88.º, n.º 2, do RGPD – nos termos do qual as normas referidas (estão aqui em causa as normas às quais se refere o n.º 1 do artigo 88.º do RGPD) incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho – não isenta, na opinião da Secção, do cumprimento das demais disposições do RGPD.
- 27 Em conclusão, há razões de peso para se entender que no caso de disposições de direito nacional adotadas ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD, importa igualmente respeitar sempre as demais disposições do RGPD, como o artigo 5.º, o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, não estando um regime previsto numa convenção coletiva – como é o caso de um acordo setorial provisório – excluído da referida obrigação.
- 28 No caso em apreço isso significaria ter de se analisar se o tratamento dos dados do demandante durante o funcionamento provisório do «Workday», para efeitos de «testes», pode ser considerado «necessário», na aceção do § 26, n.º 1, da BDSG, bem como do artigo 5.º e do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD. Neste contexto, esta Secção assume que não se pode excluir, à partida, que também no âmbito do funcionamento provisório do «Workday», para efeitos de «teste», tenham de ser tratados dados reais, por o tratamento de dados fictícios não permitir alcançar o objetivo pretendido, sendo, contudo, que isto mesmo ainda teria de ser alegado, em termos concretos, pela parte sobre a qual recai o ónus de alegação e de prova. Quanto ao mais, a licitude do tratamento determinar-se-ia à luz do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD. Seria vantajoso que o Tribunal de Justiça, em complemento da resposta às questões prejudiciais, pudesse fornecer indicações concretas quanto à interpretação do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, mormente em matéria de distribuição do ónus de alegação e de prova.

3. Quanto à segunda questão

- 29 Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, esta Secção pretende saber, com a sua segunda questão prejudicial, se uma disposição de direito nacional adotada ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, do RGPD – como o § 26, n.º 4, da BDSG –, pode ser interpretada no sentido de que as partes num acordo setorial (no qual

podem tratar destas questões de direito empresarial e de direito constitucional aplicável às empresas, bem como das condições formais e materiais de trabalho) dispõem, na apreciação da necessidade do tratamento de dados, na aceção do artigo 5.º, do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD, de uma margem de apreciação apenas passível de fiscalização jurisdicional limitada.

- 30 A favor deste entendimento pode militar não apenas o raciocínio exposto *supra* no n.º 25, relativo à proximidade das partes com a matéria tratada nas convenções coletivas. Também a ideia – igualmente exposta *supra*, no n.º 25 – de que as partes num acordo setorial, em regra, terão chegado a um equilíbrio adequado dos interesses em jogo, pode pesar para que se reconheça que há uma certa margem de apreciação – independentemente da sua concreta configuração – por parte das partes num acordo setorial, no que respeita à análise da necessidade do tratamento de dados. Não obstante, esta Secção tem consideráveis reservas contra o reconhecimento de tal margem de apreciação.
- 31 É certo que segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a natureza das medidas adotadas pela via de convenção coletiva é diferente da natureza das adotadas unilateralmente por via legislativa ou regulamentar pelos Estados-Membros, na medida em que os parceiros sociais, ao exercerem o seu direito fundamental à negociação coletiva reconhecido no artigo 28.º da Carta, tiveram o cuidado de definir um equilíbrio entre os seus interesses respetivos [Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, n.º 68, e de 8 de setembro de 2011, Hennigs e Mai, C-297/10 e C-298/10, EU:C:2011:560, n.º 66 e jurisprudência referida)]. Contudo, do ponto de vista da Secção, afigura-se muito duvidoso que estas considerações do Tribunal de Justiça também se apliquem a um acordo setorial como aquele que está em causa no processo principal, uma vez que as partes contratantes desse acordo estão impedidas de adotar medidas de ação coletiva. Mesmo que se considerassem os acordos setoriais um reflexo do direito fundamental de negociação coletiva, como consagrado no artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não resultaria daí, no entendimento da Secção, nenhuma margem de apreciação das partes passível apenas de fiscalização jurisdicional limitada. De facto, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que quando o direito à negociação coletiva proclamado no artigo 28.º da Carta releva das disposições do direito da União deve, no âmbito de aplicação do referido direito, ser exercido em conformidade com este [Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, n.º 70, de 12 de dezembro de 2013, Hay , C-267/12, EU:C:2013:823, n.º 27 e jurisprudência referida), e de 8 de setembro de 2011, Hennigs e Mai (C-297/10 e C-298/10, EU:C:2011:560, n.º 67 e jurisprudência referida)]. Por conseguinte, quando adotam medidas no âmbito de aplicação de disposições de direito da União, os parceiros sociais devem agir no respeito do mesmo [cf., a propósito da Diretiva 2000/78/CE, Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, n.º 69, e de 8 de setembro de 2011, Hennigs e Mai, C-297/10 e C-298/10, EU:C:2011:560, n.º 68 e jurisprudência referida)]. De resto, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o juiz nacional responsável, no âmbito das

suas competências, pela aplicação das disposições de direito da União tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas decidindo por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno, sem ter de solicitar ou esperar a prévia eliminação desta por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional [cf. Acórdãos de 20 de março de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, n.º 73 e jurisprudência referida), e de 7 de fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, n.º 19 e jurisprudência referida)]. Ainda segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, estas considerações impõem-se igualmente no caso de a disposição contrária ao direito da União resultar de uma convenção coletiva. Efetivamente, seria incompatível com a própria natureza do direito da União que o juiz competente para aplicar este direito não tivesse o poder de fazer, no próprio momento dessa aplicação, tudo o que é necessário para afastar as disposições de uma convenção coletiva – ou de um acordo setorial – que obste eventualmente à plena eficácia das normas de direito da União [cf. Acórdãos de 20 de março de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, n.º 74 e jurisprudência referida), e de 7 de fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, n.º 20 e jurisprudência referida)]. Esta Secção entende que há argumentos fortes no sentido de esta jurisprudência do Tribunal de Justiça, que foi proferida a propósito de diretivas como a Diretiva 2000/78/CE, se aplicar também às disposições do RGPD.

4. Quanto à terceira questão

- 32 Contudo, em caso de resposta afirmativa à segunda questão, se as partes numa convenção coletiva – *in casu*, um acordo setorial – dispuserem de margem de apreciação, no quadro da avaliação da necessidade do tratamento de dados, na aceção do artigo 5.º, do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD, que só limitadamente seja passível de fiscalização jurisdicional, esta Secção pretende saber, com a sua terceira questão prejudicial, em que termos pode essa fiscalização jurisdicional ser limitada nesse caso. Esta questão tem então por objeto aquilo que possa eventualmente constituir, do ponto de vista do Tribunal de Justiça, o núcleo imprescindível dos critérios de avaliação.

5. Quanto à quarta questão

- 33 Com a quarta questão prejudicial, esta Secção pretende apurar se o artigo 82.º, n.º 1, do RGPD deve ser interpretado no sentido de que as pessoas têm o direito de ser indemnizadas por danos imateriais quando os seus dados pessoais tenham sido tratados em violação do RGPD, ou se o direito ao ressarcimento dos danos imateriais pressupõe, além disso, que se demonstre ter-se efetivamente sofrido um dano imaterial (com alguma gravidade).
- 34 Por referência ao pedido de decisão prejudicial formulado pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) austríaco que deu origem ao processo C-300/21, bem como ao pedido de decisão prejudicial submetido por esta mesma Secção no processo C-667/21, esta Secção parte do princípio de que o artigo 82.º,

n.º 1, do RGPD só prevê um direito de indemnização a favor daquelas pessoas que, por força da violação de uma ou mais disposições do RGPD no contexto do tratamento dos «seus» dados pessoais (cf. considerando 2 do RGPD), tenham sido afetadas nos seus direitos (subjctivos), ou seja, que tenham elas próprias sido vítimas de uma ou mais violações do RGPD. Esta Secção considera ainda que o direito ao ressarcimento de danos imateriais nos termos do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, não pressupõe que, para além da referida violação do RGPD, a pessoa afetada demonstre ter sofrido um (outro) dano imaterial. Ou seja, na perspetiva da Secção, não tem de demonstrar que se verifica uma «consequência ou efeito da violação do direito que tenha alguma gravidade» [cf., a este propósito, a terceira questão prejudicial submetida pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) austríaco, que deu origem ao processo C-300/21]. Na opinião da Secção, a simples circunstância de uma pessoa, por força da violação de uma ou mais disposições do RGPD no contexto do tratamento dos «seus» dados pessoais (cf. o considerando 2 do RGPD), ter sido afetada nos seus direitos (subjctivos), implica que exista um dano imaterial a ressarcir (cf. o pedido de decisão prejudicial submetido por esta Secção e que deu origem ao processo C-667/21, n.º 33). Em especial, a Secção considera que não pode ficar atribuída aos órgãos jurisdicionais nacionais a verificação da existência – ao abrigo das diferentes regras de direito interno dos vários Estados-Membros – de danos imateriais indemnizáveis.

- 35 Se, porém, o Tribunal da Justiça entender que não basta a circunstância de uma pessoa, por força da violação de uma ou mais disposições do RGPD no contexto do tratamento dos «seus» dados pessoais (cf. considerando 2 do RGPD), ter sido afetada nos seus direitos (subjctivos), sendo além disso necessário que a pessoa afetada demonstre ter sofrido um (outro) dano imaterial, eventualmente com alguma gravidade, então importa ainda, para a boa decisão da causa no processo principal, determinar quais os critérios que relevam para o efeito.
- 36 Caso o Tribunal de Justiça considere que a pessoa afetada tem de demonstrar ter sofrido um (outro) dano imaterial, importa em especial saber, para a boa decisão da causa no processo principal, quais são os critérios que relevam, nos termos do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, para a determinação da existência de um dano, para o estabelecimento da causalidade e para a repartição do ónus de alegação e de prova. Efetivamente, no decurso do processo pode ainda colocar-se a questão de saber se a mera circunstância de os dados pessoais do demandante terem sido utilizados, em violação do RGPD, para a definição ou uso de perfis, na aceção do artigo 4.º, ponto 4, do RGPD, constitui um (outro) dano com alguma gravidade, ou se um tal (outro) dano só se verifica se esse perfil tiver tido influência negativa na esfera do demandante, por exemplo se este, no âmbito de uma candidatura, tivesse sido preterido «por causa» do perfil. Em relação com este aspeto coloca-se ainda a questão de saber sobre quem recai o ónus de alegação e de prova relativamente a que matéria – em face da dificuldade prática dos trabalhadores de concretizarem o (outro) dano sofrido – e como, concretamente, se pode satisfazê-lo.

6. *Quanto à quinta questão*

- 37 Com a sua quinta questão prejudicial, que corresponde à quarta questão prejudicial do pedido de decisão prejudicial formulado pela Secção no processo C-667/21 (n.ºs 35 e segs.), a Secção pretende determinar se o artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, para além da sua função indemnizatória, assume também natureza preventiva especial ou geral, e se se impõe ter isso em conta na determinação da indemnização pelo dano imaterial a cargo do responsável pelo tratamento (ou do subcontratante), com base nesse mesmo artigo 82.º, n.º 1, do RGPD.
- 38 Nos termos do considerando 146 do RGPD, os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido. Neste contexto, esta Secção parte do princípio de que na determinação pelo Tribunal da indemnização pelos danos imateriais devem ser tomadas em consideração todas as circunstâncias do caso concreto e que se deve conceder aos direitos emergentes do RGPD uma proteção real e efetiva. Portanto, pode ser relevante que, como ocorre noutras áreas do direito da União, o montante da indemnização pelos danos imateriais dependa da gravidade da violação do RGPD que se pretende punir através da referida indemnização, sendo que presumivelmente haverá que assegurar a produção de um efeito verdadeiramente dissuasor - eventualmente com natureza preventiva especial ou geral -, ainda que, simultaneamente, haja que respeitar o princípio geral da proporcionalidade [cf., noutros domínios do direito da União, por exemplo os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de abril de 2021, Braathens Regional Aviation (C-30/19, EU:C:2021:269, n.º 38), e de 25 de abril de 2013, Asociația ACCEPT (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 63)].
- 39 Além do já referido (entre outros) princípio da efetividade, pode ser que se imponha ainda considerar o princípio da equivalência no âmbito da determinação do montante da indemnização por danos imateriais. Esta Secção parte aqui do princípio de que o artigo 82.º do RGPD não contém uma remissão para o direito dos Estados-Membros e deve ser interpretado de modo autónomo e coerente em toda a União. No entanto, atendendo a que nos Estados-Membros podem vir a ser fixados, na prática, diferentes montantes indemnizatórios em casos comparáveis, poderão ter de ser tidos em conta aspetos de equivalência na determinação do montante da indemnização por danos imateriais (cf., também acerca da competência dos Estados-Membros para o estabelecimento dos critérios da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por violações do direito da União, por exemplo, os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de março de 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, n.º 67, e de 19 de novembro de 1991, Francovich e o., C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, n.ºs 42 e segs.).

7. *Quanto à sexta questão*

- 40 Com a sua sexta questão prejudicial, que corresponde à quinta questão prejudicial do pedido de decisão prejudicial que formulou no processo C-667/21 (n.ºs 38 e segs.), esta Secção pretende determinar se, para efeitos da determinação do

montante da indemnização a pagar pelo dano imaterial com fundamento no artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, importa atender ao grau de culpa do responsável pelo tratamento (ou do subcontratante). Neste contexto, coloca-se em especial a questão de saber se a inexistência de culpa ou a reduzida intensidade da mesma por parte do responsável pelo tratamento (ou do subcontratante) pode ser tida em conta a seu favor.

- 41 Esta Secção submete esta questão, em especial, no contexto do direito civil alemão, no qual se prevê, para além de casos de responsabilidade independente de culpa, casos que dela dependem, sendo que a culpa, no direito das obrigações geral nacional, implica responsabilidade. Neste sentido, o § 276, n.º 1, primeira frase, do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão) estipula que o devedor responde, em regra, por dolo ou negligência, a menos que esteja prevista uma responsabilidade mais severa ou mais branda. Aplicando-se o mesmo raciocínio a propósito do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, para que haja responsabilidade tem de verificar-se, para além da violação do RGPD, um outro elemento, mais concretamente a imputação subjetiva a título de dolo ou negligência. Contudo, a Secção está convencida de que a responsabilidade do responsável pelo tratamento (ou do subcontratante), ao abrigo do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD, é independente da existência de culpa, isto é, que esta disposição não faz depender a responsabilidade do autor de uma violação do RGPD, da verificação ou da prova de uma atuação culposa [cf., noutros domínios do direito da União, por exemplo os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, n.º 17), e de 8 de novembro de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, n.º 22)]. Como se referiu no n.º 34, esta Secção considera que basta a mera violação do RGPD para que se verifique um direito de indemnização ao abrigo do artigo 82.º, n.º 1, do RGPD.
- 42 Esta Secção considera, por fim, que o artigo 82.º, n.º 3, do RGPD não obsta a este entendimento. Esta disposição, segundo a qual se fica isento de responsabilidade caso se prove que não se é responsável pelo evento que deu origem aos danos, não se reporta, na opinião da Secção, à culpa, no sentido de que só esta implica responsabilidade. O artigo 82.º, n.º 3, do RGPD reporta-se, isso sim, apenas à questão da «participação» (no sentido de «participou» ou «não participou») – por exemplo, em contextos de tratamento de dados de difícil perceção a partir do exterior, com vários potenciais intervenientes – ou à questão da autoria sob a perspetiva da causalidade. A este propósito, pense-se, por exemplo, numa situação em que a circunstância geradora da responsabilidade foi causada por um acesso ilícito de um terceiro, ocorrido apesar de terem sido adotadas todas as medidas de segurança exigíveis.