



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 2 de junho de 2016¹

Processo C-191/15

**Verein für Konsumenteninformation
contra
Amazon EU Sàrl**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo, Áustria)]

«Reenvio prejudicial — Cooperação judiciária em matéria civil — Obrigações extracontratuais — Regulamento (CE) n.º 864/2007 (Roma II) — Obrigações contratuais — Regulamento (CE) n.º 593/2008 (Roma I) — Proteção dos consumidores — Diretiva 93/13/CEE — Proteção de dados pessoais — Diretiva 95/46/CE — Ação inibitória — Diretiva 2009/22/CE — Comércio eletrónico transfronteiriço — Condições gerais de venda — Cláusula de escolha da lei aplicável — Designação do direito do Estado-Membro onde a empresa tem a sua sede — Determinação da lei aplicável para apreciar o caráter abusivo das cláusulas das condições gerais de venda no âmbito de uma ação inibitória»

I – Introdução

1. A Verein für Konsumenteninformation (VKI), uma associação de proteção dos consumidores estabelecida na Áustria, intentou uma ação inibitória nos órgãos jurisdicionais austríacos com o objetivo de que fosse decretada a proibição da utilização pela Amazon EU Sàrl, estabelecida no Luxemburgo, de cláusulas pretensamente abusivas que constam das suas condições gerais de venda aplicáveis a consumidores residentes na Áustria.

2. Neste contexto, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) questiona o Tribunal de Justiça, antes de mais, quanto ao direito aplicável, no âmbito daquela ação, ao exame do caráter abusivo dessas cláusulas. Deve este ser determinado pela aplicação das regras de conflito de leis previstas no Regulamento (CE) n.º 864/2007 (a seguir «Regulamento Roma II»)², uma vez que a associação autora tem por objetivo a defesa dos interesses coletivos dos consumidores ao abrigo de um direito que lhe é conferido pela lei, independentemente de qualquer relação contratual determinada? Ou há que designar o direito aplicável a esse exame nos termos das regras de conflito de leis instituídas pelo Regulamento (CE) n.º 593/2008 (a seguir «Regulamento Roma I»)³, uma vez que a eventual violação dos interesses coletivos dos consumidores tem a sua origem nas relações contratuais entre estes últimos e a empresa autora?

1 — Língua original: francês.

2 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) (JO 2007, L 199, p. 40).

3 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO 2008, L 177, p. 6).

3. Em seguida, aquele órgão jurisdicional pergunta ao Tribunal de Justiça se uma cláusula contratual que designa, enquanto lei aplicável a um contrato celebrado no âmbito do comércio eletrónico, o direito do Estado-Membro da sede do profissional reveste um caráter abusivo na aceção da Diretiva 93/13/CEE⁴.

4. Por último, o referido órgão jurisdicional procura saber, em substância, à luz de que direito nacional de transposição da Diretiva 95/46/CE⁵ deve ser apreciada a licitude de cláusulas contratuais que preveem um tratamento de dados pessoais por uma empresa de comércio eletrónico, como a Amazon EU, que dirige as suas atividades para um Estado-Membro diferente daquele em que tem a sua sede.

II – Quadro jurídico

A – Direito da União

1. Regulamento Roma I

5. O artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma I dispõe que «[o] presente regulamento é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis [...]».

6. O artigo 3.º, n.º 1, deste regulamento prevê que «[o] contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes». Em conformidade com o artigo 3.º, n.º 5, do referido regulamento «[a] existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável são determinadas nos termos dos artigos 10.º, 11.º e 13.º»

7. O artigo 6.º do mesmo regulamento, intitulado «Contratos celebrados por consumidores», enuncia:

«1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 7.º, os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua atividade comercial ou profissional ('o consumidor'), com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais ('o profissional'), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional:

a) exerça as suas atividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou

b) por qualquer meio, dirija essas atividades para este ou vários países, incluindo aquele país,

e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas atividades.

2. Sem prejuízo do n.º 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n.º 1, nos termos do artigo 3.º Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n.º 1.

[...]»

4 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO 1993, L 95, p. 29).

5 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO 1995, L 281, p. 31).

8. O artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, prevê que «[a] existência e a validade substancial do contrato ou de alguma das suas disposições são reguladas pela lei que seria aplicável, por força do presente regulamento, se o contrato ou a disposição fossem válidos».

2. Regulamento Roma II

9. Em conformidade com o seu artigo 1.º, n.º 1, o Regulamento Roma II «é aplicável, em situações que envolvam um conflito de leis, às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial [...]».

10. O artigo 4.º deste regulamento tem a seguinte redação:

«1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco é a lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto.

[...]

3. Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país. Uma conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no ato lícito, ilícito ou no risco em causa.»

11. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do referido regulamento, «[a] lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de um ato de concorrência desleal é a lei do país em que as relações de concorrência ou os interesses coletivos dos consumidores sejam afetados ou sejam suscetíveis de ser afetados».

12. O artigo 12.º, n.º 1, do mesmo regulamento prevê que «[a] lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, independentemente de este ser efetivamente celebrado, é a lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado».

3. Diretiva 2009/22/CE

13. O artigo 1.º da Diretiva 2009/22/CE⁶ dispõe:

«1. A presente diretiva tem por objeto aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às ações inibitórias referidas no artigo 2.º, para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores incluídos nas diretivas enumeradas no anexo I, para garantir o bom funcionamento do mercado interno.

2. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por infração todo e qualquer ato contrário ao disposto nas diretivas enumeradas no anexo I, transpostas para a ordem jurídica interna dos Estados-Membros e que prejudique os interesses coletivos referidos no n.º 1.»

6 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores (JO 2009, L 110, p. 30).

14. O anexo I desta diretiva inclui, no ponto 5, a Diretiva 93/13.

15. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da referida diretiva, esta «não prejudica as normas de direito internacional privado no que se refere à lei aplicável, conduzindo normalmente à aplicação da lei do Estado-Membro em que a infração tem origem ou da lei do Estado-Membro em que a infração produz efeitos».

16. O artigo 3.º da mesma diretiva define que têm «[l]egitimidade para intentar uma ação [inibitória]» «os organismos ou organizações que, devidamente constituídos segundo a legislação de um Estado-Membro, tenham interesse legítimo em fazer respeitar as disposições referidas no artigo 1.º [...]».

4. Diretiva 93/13

17. O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 prevê que «[u]ma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato».

18. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, desta diretiva, «[s]em prejuízo do artigo 7.º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa».

19. O artigo 5.º da referida diretiva enuncia:

«No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor. Esta regra de interpretação não é aplicável no âmbito dos processos previstos no n.º 2 do artigo 7.º»

20. O artigo 7.º da mesma diretiva tem a seguinte redação:

«1. Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

2. Os meios a que se refere o n.º 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um caráter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.

[...]»

21. O anexo da Diretiva 93/13 contém uma lista exemplificativa de cláusulas que podem ser declaradas abusivas. O n.º 1, alínea q), deste anexo menciona as cláusulas que tendem a «[s]uprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor [...]».

5. Diretiva 95/46

22. O artigo 4.º da Diretiva 95/46 dispõe:

«1. Cada Estado-Membro aplicará as suas disposições nacionais adotadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais quando:

- a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-Membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-Membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável;

[...]»

B – Direito austríaco

23. O § 6 da Konsumentenschutzgesetz (Lei relativa à proteção dos consumidores) de 8 de março de 1979 (a seguir «KSchG») prevê, no seu n.º 3, que uma disposição constante de condições gerais ou de fórmulas de contratos pré-redigidos não produz efeitos se estiver redigida de forma pouco clara ou incompreensível.

24. O § 13-A, n.º 2, desta lei dispõe que o referido § 6 é aplicável para efeitos de proteção dos consumidores, independentemente da lei que rege o contrato, quando este tiver sido celebrado no contexto de uma atividade da empresa, ou de um intermediário utilizado por esta, que seja desenvolvida na Áustria com o objetivo de celebrar esse tipo de contratos.

III – Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

25. A Amazon EU é uma sociedade de comércio eletrónico com sede no Luxemburgo. Esta sociedade esclareceu, nas suas observações escritas, que é uma filial da sociedade Amazon.com, Inc., com sede nos Estados Unidos. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, o grupo de que a Amazon EU faz parte não tem estabelecimento na Áustria. Todavia, esta sociedade celebra contratos de venda no âmbito do comércio eletrónico com consumidores residentes na Áustria, por intermédio de um sítio Internet em língua alemã (www.amazon.de).

26. Os contratos celebrados com esses consumidores incluíam, até meados do ano de 2012, condições gerais de venda, das quais doze das cláusulas são objeto do litígio no processo principal. Em especial, as cláusulas 6.^a, 9.^a, 11.^a e 12.^a tinham a seguinte redação: «6. Nos casos de pagamento contra a apresentação de fatura e, nos outros casos, quando haja motivo justificado, a Amazon.de examina e avalia os dados pessoais transmitidos pelos adquirentes e procede ao intercâmbio de dados com outras empresas pertencentes ao grupo Amazon, com empresas especializadas na obtenção e prestação de informações comerciais e, em caso de necessidade, com a Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. [...]»

«9. Para a decisão sobre a modalidade de pagamento, utilizamos — além de dados próprios — valores de probabilidade para avaliar o risco de incumprimento, que são disponibilizados pela Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG, [...] e pela informa Solutions GmbH, Rheinstrasse [...]. As referidas empresas são ainda incumbidas de validar a morada indicada pelos adquirentes.»

«11. Caso o utilizador opte por colocar conteúdos no *site* Amazon.de (por exemplo, comentários aos produtos enquanto cliente), está a conferir à Amazon.de, pelo período correspondente à duração do direito subjacente, uma licença geográfica e temporalmente ilimitada de posterior utilização, tanto *online* como *offline*, dos conteúdos para outras finalidades.»

«12. É aplicável a lei luxemburguesa, com exclusão das disposições da Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CVIM).»

27. A VKI é uma associação de proteção dos consumidores estabelecida na Áustria e com legitimidade para intentar ações inibitórias ao abrigo do artigo 3.º da Diretiva 2009/22. A VKI intentou, no Handelsgericht Wien (Tribunal de Comércio de Viena, Áustria), um pedido de cessação de utilização das doze cláusulas acima mencionadas, bem como um pedido de publicação da sentença que, se fosse o caso, viesse a dar provimento ao seu pedido de cessação de utilização. De acordo com a VKI, estas cláusulas violam várias leis austríacas, entre as quais a KSchG e a Datenschutzgesetz (Lei sobre a proteção de dados, a seguir «DSG»).

28. Aquele órgão jurisdicional julgou a ação procedente relativamente a onze das doze cláusulas controvertidas. Ao abrigo do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I, a cláusula 12.ª foi declarada inválida com o fundamento de que a escolha da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da proteção que lhe é garantida pela legislação do Estado da sua residência normal. De acordo com o referido órgão jurisdicional, a validade das outras cláusulas, abstração feita das disposições relativas à proteção de dados que figuram das cláusulas 6.ª, 9.ª e 11.ª, deve assim ser apreciada à luz do direito austríaco. Em contrapartida, a validade destas últimas disposições deve ser apreciada à luz do direito luxemburguês, em conformidade com a Diretiva 95/46.

29. As duas partes interpuseram recurso desta decisão no Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional Superior de Viena, Áustria). Este órgão jurisdicional confirmou que o direito aplicável ao exame das cláusulas controvertidas deve ser determinado por aplicação das regras de conflitos de leis previstas no Regulamento Roma I. No entanto, considerou que o artigo 6.º, n.º 2, deste regulamento não permite concluir pela ilegalidade da cláusula 12.ª. A validade desta deve antes ser avaliada, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, deste regulamento, à luz do direito luxemburguês. Consequentemente, o referido órgão jurisdicional anulou a decisão do órgão jurisdicional de primeira instância e devolveu-lhe o processo para que procedesse a essa avaliação. Ainda segundo o Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional Superior de Viena), se a cláusula 12.ª devesse ser considerada lícita à luz do direito luxemburguês, o Handelsgericht Wien (Tribunal do Comércio de Viena) deveria examinar as outras cláusulas à luz desse direito. Nesse caso, deveria proceder a uma comparação com o direito austríaco para determinar se este contém disposições mais favoráveis aos consumidores. Com efeito, a escolha do direito luxemburguês não pode, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I, privar os consumidores da proteção que tais disposições lhes conferem.

30. A VKI interpôs recurso no Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo, Áustria), que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A lei aplicável a uma ação inibitória, na aceção da Diretiva [2009/22] deve ser determinada nos termos do artigo 4.º do Regulamento [Roma II] quando a ação tem por objeto a utilização de cláusulas contratuais ilícitas por uma empresa estabelecida num Estado-Membro que celebra, no âmbito do comércio eletrónico, contratos com consumidores estabelecidos noutros Estados-Membros, em particular no Estado do órgão jurisdicional chamado a decidir a causa?

- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:
- a) Deve ser entendido como país da ocorrência do dano (artigo 4.º, n.º 1, [do Regulamento] Roma II) qualquer Estado ao qual se destina a atividade económica da empresa ré, pelo que as cláusulas impugnadas devem ser apreciadas à luz da lei do Estado do foro, quando a entidade com legitimidade para intentar uma ação se opõe à utilização das referidas cláusulas nas relações comerciais com consumidores estabelecidos nesse mesmo Estado?
 - b) Verifica-se uma conexão manifestamente mais estreita (artigo 4.º, n.º 3, Regulamento Roma II) com a lei do país em que a empresa ré tem a sua sede quando as suas cláusulas contratuais gerais preveem que os contratos celebrados pela empresa estão sujeitos à lei desse país?
 - c) Uma cláusula [de escolha da lei aplicável] deste tipo pode levar a concluir, por outros motivos, que as cláusulas contratuais impugnadas devem ser analisadas à luz da lei do Estado em que a empresa ré tem a sua sede?
- 3) Em caso de resposta negativa à primeira questão: De que forma deve então ser determinada a lei aplicável à ação inibitória?
- 4) Independentemente da resposta às questões anteriores:
- a) Uma cláusula constante das cláusulas contratuais gerais, nos termos da qual ao contrato celebrado no âmbito do comércio eletrónico entre um consumidor e uma empresa sediada noutro Estado-Membro se aplica a lei do Estado da sede dessa empresa, é abusiva na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [93/13]?
 - b) Por força do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva [95/46] e independentemente de qualquer outra norma jurídica aplicável, o tratamento de dados pessoais por uma empresa que celebra, no âmbito do comércio eletrónico, contratos com consumidores estabelecidos noutro Estado-Membro está sujeito exclusivamente à lei do Estado em que está localizado o estabelecimento da empresa em que se procede a esse tratamento, ou a empresa deve também respeitar as disposições em matéria de proteção de dados dos Estados-Membros a que a sua atividade económica se destina?»

31. A VKI, a Amazon EU, os Governos austríaco, alemão e do Reino Unido, bem como a Comissão, apresentaram observações escritas e estiveram representados na audiência de 2 de março de 2016.

IV – Análise

A – Quanto à lei aplicável ao exame do caráter abusivo das cláusulas no âmbito da ação inibitória (questões primeira a terceira)

1. Quanto ao âmbito das questões primeira a terceira

32. Com as suas questões primeira a terceira, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça quanto ao direito aplicável «a uma ação inibitória» intentada por uma associação de proteção dos consumidores, ao abrigo de uma lei nacional que transpõe a Diretiva 2009/22, com o objetivo de proibir a utilização de cláusulas abusivas por um profissional⁷.

⁷ — Esta ação também se pode basear no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 (v. nota 1 do anexo I da Diretiva 2009/22). As disposições da Diretiva 2009/22, embora reproduzam o conteúdo do referido artigo 7.º, n.º 2, completam-no. Em especial, não precisando a Diretiva 93/13 as modalidades das ações e dos recursos previstos no seu artigo 7.º, n.º 2, a Diretiva 2009/22 regula de forma detalhada as ações inibitórias.

33. A título preliminar, creio que é útil esclarecer o âmbito destas questões sublinhando que qualquer conflito de leis que ocorra no âmbito de um processo judicial tem por objeto uma determinada questão jurídica. Assim, um mesmo processo pode suscitar diversos conflitos de leis respeitantes a diferentes questões de direito. Cada um deles deverá ser decidido separadamente, em aplicação das regras de conflitos de leis que regulam a questão em causa, se for caso disso em favor de diferentes direitos nacionais.

34. Assim, quando uma ação tem simultaneamente por objeto «obrigações contratuais» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma I e «obrigações extracontratuais» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, o direito aplicável a cada uma dessas obrigações deve ser determinado ao abrigo de regras diferentes⁸.

35. No presente caso, não está assim em causa identificar o direito aplicável «à ação inibitória», mas sim o direito aplicável à questão jurídica específica que é objeto do conflito de leis que o órgão jurisdicional nacional procura resolver. Conforme resulta da decisão de reenvio, esta diz respeito ao exame do caráter abusivo das cláusulas cuja proibição é pedida no âmbito da ação inibitória.

2. Quanto à aplicabilidade do Regulamento Roma II

36. O artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2009/22 remete, no que diz respeito ao direito aplicável às ações inibitórias abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, para as «normas de direito internacional privado» do foro.

37. Num primeiro momento, para responder à primeira questão prejudicial, há que determinar se as regras de direito internacional privado aplicáveis são, no caso em apreço, as enunciadas pelo Regulamento Roma I ou as previstas no Regulamento Roma II⁹. Esta determinação depende da natureza, contratual ou extracontratual, das obrigações sobre as quais incide o conflito de leis.

38. O Tribunal de Justiça ainda não teve oportunidade de se pronunciar sobre a qualificação das obrigações invocadas no âmbito de uma ação inibitória destinada a proibir a utilização de cláusulas abusivas para efeitos da delimitação dos âmbitos de aplicação respetivamente dos Regulamentos Roma I e Roma II.

39. Todavia, no que respeita à qualificação de uma ação desse tipo (intentada também pela VKI) para efeitos da determinação da competência judicial, o Tribunal de Justiça considerou, no acórdão Henkel¹⁰, que a mesma não se enquadra na «matéria contratual» na aceção da regra de competência especial prevista no instrumento que antecedeu o Regulamento (CE) n.º 44/2001 (a seguir «Regulamento Bruxelas I»)¹¹. Justificou esta conclusão com a inexistência de relação contratual entre o vendedor e a associação de proteção dos consumidores, uma vez que esta agia ao abrigo de um

8 — V. acórdão de 21 de janeiro de 2016, ERGO Insurance e Gjensidige Baltic (C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40, n.ºs 58 e 59). Daqui resulta que o direito aplicável à obrigação de a seguradora cobrir a responsabilidade civil do segurado relativamente à vítima deve ser designado nos termos do Regulamento Roma I. Em contrapartida, no âmbito da mesma ação, o direito aplicável a uma eventual partilha de responsabilidade entre diversas pessoas suscetíveis de serem declaradas responsáveis e as suas seguradoras respetivas, deve ser determinado ao abrigo do Regulamento Roma II.

9 — Não é contestado que esta ação se enquadra na matéria civil ou comercial na aceção dos artigos 1.º, n.º 1, dos Regulamentos Roma I e Roma II [v., a este respeito, acórdão de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, n.º 30)].

10 — Acórdão de 1 de outubro de 2002 (C-167/00, EU:C:2002:555, n.º 40).

11 — Regulamento do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1), cuja disposição correspondente figurava no artigo 5.º, n.º 1. Este regulamento foi revogado e substituído pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação) (JO 2012, L 351, p. 1) (dito «Regulamento Bruxelas I A»). O artigo 7.º, n.º 1, deste regulamento reproduz o conteúdo do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I.

direito conferido pela lei com o objetivo de fazer proibir a utilização de cláusulas ilícitas pelo profissional. Tal sucede, segundo o Tribunal de Justiça, independentemente da questão de saber se a ação reveste um caráter puramente preventivo ou se a ação se segue a contratos já celebrados com determinados consumidores¹².

40. Em contrapartida, resulta deste acórdão que uma ação deste tipo se insere na matéria da responsabilidade extracontratual. Com efeito, esta tem por objeto determinar a responsabilidade do réu «devido à obrigação extracontratual que incumbe ao comerciante de se abster, nas suas relações com os consumidores, de certos comportamentos que o legislador reprova»¹³.

41. O presente processo convida o Tribunal de Justiça a esclarecer se se devem aplicar estes mesmos critérios de apreciação para determinar se as obrigações invocadas no âmbito de uma ação inibitória revestem uma natureza contratual ou extracontratual na aceção dos Regulamentos Roma I e Roma II.

42. Segundo a VKI bem como segundo os Governos austríaco e do Reino Unido, estas constituem obrigações extracontratuais abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma II. Em contrapartida, a Amazon EU, o Governo alemão e a Comissão alegam, em substância, que, embora as outras questões suscitadas no âmbito da ação inibitória possam dizer respeito a obrigações extracontratuais¹⁴, para apreciar o caráter abusivo das cláusulas objeto desta ação deve aplicar-se um critério de conexão independente nos termos do Regulamento Roma I. Em conformidade com o artigo 10.º, n.º 1, deste regulamento, a legalidade destas cláusulas deve assim ser avaliada à luz da lei que seria aplicável nos termos do referido regulamento se essas cláusulas fossem válidas.

43. Pelas razões que a seguir exponho, sigo a primeira destas abordagens.

44. Em primeiro lugar, a questão do caráter abusivo das cláusulas controvertidas não incide, em minha opinião, sobre obrigações contratuais.

45. O legislador não definiu os conceitos de obrigação contratual e de obrigação extracontratual na aceção dos Regulamentos Roma I e Roma II¹⁵. No entanto, o Tribunal de Justiça traçou os seus contornos no acórdão ERGO Insurance e Gjensidige Baltic¹⁶. Concluiu neste último que uma obrigação contratual designa uma «obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra»¹⁷. O conceito de obrigação extracontratual visa, por seu lado, qualquer obrigação emergente de um dano, conforme definido no artigo 2.º do Regulamento Roma II¹⁸.

12 — Acórdão de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, n.ºs 38 e 39).

13 — Acórdão de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, n.º 41).

14 — A Comissão sustenta, nas suas observações escritas, que a conclusão a que o Tribunal de Justiça chegou no seu acórdão de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555) não era transponível para a determinação do direito aplicável no âmbito da ação inibitória. Assim, esta determinação era globalmente regida pelo Regulamento Roma I. No entanto, a Comissão alterou a sua posição na audiência. Aí alegou, em substância, que, embora o Regulamento Roma II seja pertinente para outras questões de direito suscitadas no âmbito da ação inibitória, o Regulamento Roma I é aplicável ao exame da legalidade das cláusulas contratuais objeto do pedido de cessação de utilização.

15 — O artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento Roma II esclarece o conteúdo do conceito «obrigação extracontratual» de forma indireta, através de uma definição do «dano» que a ela deu origem.

16 — Acórdão de 21 de janeiro de 2016 (C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40).

17 — Acórdão de 21 de janeiro de 2016, ERGO Insurance e Gjensidige Baltic (C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40, n.º 44).

18 — Acórdão de 21 de janeiro de 2016, ERGO Insurance e Gjensidige Baltic (C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40, n.ºs 45 e 46).

46. No entanto, o Tribunal de Justiça não esclareceu se o conceito de obrigação contratual requer ou não um compromisso *entre as partes no litígio*¹⁹, conforme exigiu, nomeadamente no acórdão Henkel²⁰, para efeitos de enquadrar uma ação em matéria de responsabilidade contratual na aceção das regras de conflitos de jurisdições. Ora, se esta exigência fosse alargada ao conceito de obrigação contratual, o Regulamento Roma I não poderia reger a determinação do direito aplicável ao exame das cláusulas abusivas no âmbito de uma ação inibitória. A associação autora e o profissional réu não estão, de facto, unidos por nenhuma obrigação contratual.

47. A este respeito, os considerandos 7 dos Regulamentos Roma I e Roma II sublinham a necessidade de uma definição coerente dos âmbitos de aplicação material, respetivamente, destes regulamentos e do Regulamento Bruxelas I. No entanto, do meu ponto de vista, daqui não decorre que os conceitos de matéria contratual na aceção do Regulamento Bruxelas I e de obrigação contratual na aceção do Regulamento Roma I se devem sobrepor de maneira automática e absoluta. Parece-me que não devem ser interpretados de forma idêntica, mas sim paralela.

48. Feito este esclarecimento, considero que o conceito de obrigação contratual não depende da identidade das partes no litígio. Efetivamente, a qualificação de uma obrigação para efeitos da aplicação das regras de conflitos de leis depende da sua origem — contratual ou extracontratual. Assim, a identidade das partes no litígio não pode alterar a natureza desta obrigação²¹.

49. Além disso, como a Comissão observou, a exigência de um compromisso entre as partes nos litígios, à qual o Tribunal de Justiça subordinou a aplicação da regra da competência especial ligada à matéria contratual²², assenta na consideração de que essa regra não é previsível para um réu que não é parte no contrato inicial, como o subadquirente de um bem²³. Ora, esta consideração não é pertinente no que respeita à determinação do direito aplicável.

50. No entanto, embora o conceito de obrigação contratual não esteja assim limitado às obrigações que vinculam as partes do processo, implica pelo menos um compromisso *concreto e real* — sendo que este elemento está em falta no presente caso.

51. A este propósito, observo que o Regulamento Roma I não permite designar o direito aplicável a obrigações ainda não constituídas²⁴. Em especial, o artigo 6.º deste regulamento só é aplicável, conforme resulta da redação do seu n.º 1, em presença de um contrato «celebrado» entre um profissional e um consumidor.

19 — A formulação adotada pelo Tribunal de Justiça não indica que as pessoas ligadas por uma obrigação desse tipo devem necessariamente ser as mesmas que as partes no processo. Todavia, precisou que esta definição é tirada «por analogia» da definição da matéria contratual na aceção do Regulamento Bruxelas I. Consequentemente, também pode ser interpretada no sentido de que exige a identidade entre as pessoas ligadas pela obrigação e as partes no litígio, uma vez que o Tribunal de Justiça exigiu esse elemento no âmbito da definição da matéria contratual na aceção do Regulamento Bruxelas I (v. nota de pé de página n.º 20 das presentes conclusões).

20 — Acórdão de 1 de outubro de 2002 (C-167/00, EU:C:2002:555, n.ºs 38 a 40). V., igualmente, acórdãos de 17 de junho de 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268, n.ºs 15 e 21); de 27 de outubro de 1998, Réunion européenne e o. (C-51/97, EU:C:1998:509, n.ºs 17 a 20), e de 5 de fevereiro de 2004, Frahuil (C-265/02, EU:C:2004:77, n.ºs 24 a 26).

21 — V., neste sentido, conclusões da advogada-geral E. Sharpston nos processos apensos ERGO Insurance e Gjensidige Baltic (C-359/14 e C-475/14, EU:C:2015:630, n.º 62).

22 — Artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I (reformulação), nos termos do qual o réu pode ser demandado «perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão».

23 — V. acórdão de 17 de junho de 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268, n.º 19).

24 — O artigo 1.º, n.º 2, alínea i), do Regulamento Roma I exclui do âmbito de aplicação deste regulamento «[a]s obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato». Por outro lado, o artigo 28.º do referido regulamento circunscreve o âmbito de aplicação temporal aos «contratos celebrados» a partir de 17 de dezembro de 2009.

52. Pelo contrário, o Regulamento Roma II aplica-se às obrigações extracontratuais «suscetíveis de surgir»²⁵. Entre estas figuram, designadamente, as obrigações que decorrem de negociações pré-contratuais²⁶ ou de um ato de concorrência desleal suscetível de afetar os interesses coletivos dos consumidores²⁷.

53. Ora, como o Tribunal de Justiça salientou no acórdão Henkel²⁸, a ação inibitória, diversamente das ações individuais (independentemente de serem intentadas por um consumidor individual, por um grupo de consumidores ou por uma associação agindo em seu nome)²⁹, é independente de qualquer compromisso concreto e real.

54. Em primeiro lugar, a ação inibitória não está ligada a um conflito individual concreto entre profissional e consumidores³⁰. Contrariamente ao que a Amazon EU defende, a associação autora não intervém no lugar de consumidores que representa, mas age em nome do interesse coletivo ao abrigo de um poder conferido pela lei. Assim, esta ação tem por objeto fazer cessar infrações à ordem jurídica resultantes da utilização de cláusulas abusivas. Por conseguinte, reveste um caráter abstrato na medida em que não se baseia numa obrigação contratual determinada³¹.

55. Em segundo lugar, a ação inibitória tem natureza preventiva na medida em que tem se destina a fazer proibir a utilização futura de cláusulas abusivas, quer estas figurem em contratos já celebrados quer possam vir a ser inseridas em contratos futuros³². Por conseguinte, é independente da existência de qualquer compromisso já consentido de uma pessoa para com outra e visa fazer proibir o profissional réu de utilizar determinadas cláusulas redigidas com vista a uma utilização generalizada no âmbito de contratos-tipo³³.

56. É nesta ótica que o artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2009/22 estipula que o direito aplicável no âmbito da ação inibitória conduz «normalmente à aplicação da lei do Estado-Membro em que a infração tem origem ou da lei do Estado-Membro em que a infração produz efeitos». Esta disposição põe em evidência o facto de que as obrigações sobre as quais essa ação incide não têm origem num contrato, mas numa infração à lei³⁴.

25 — Artigo 2.º, n.º 2, de Regulamento Roma II.

26 — Artigo 12.º, n.º 1, de Regulamento Roma II.

27 — Artigo 6.º, n.º 1, de Regulamento Roma II.

28 — Acórdão de 1 de outubro de 2002 (C-167/00, EU:C:2002:555, n.º 39).

29 — Com a expressão «ação individual», considero que se designa qualquer ação intentada ao abrigo de uma relação contratual concreta entre um profissional e um ou vários consumidores. Assim, este conceito abrange todas as ações ou recursos em que os consumidores vítimas da alegada ilicitude são «identificados» ou determinados, por oposição às ações ou recursos coletivos de natureza abstrata, iniciados no interesse público, como a ação inibitória em causa no processo principal. A este propósito, o considerando 3 da Diretiva 2009/22 esclarece que as ações inibitórias abrangidas pelo seu âmbito de aplicação visam proteger os «interesses coletivos dos consumidores», sendo estes definidos como «interesses que não constituem uma mera cumulação dos interesses dos particulares [...]», e que tal «não prejudica as ações e os recursos individuais intentados por particulares que tenham sido lesados por uma infração».

30 — V. acórdãos de 24 de janeiro de 2002, Comissão/Itália (C-372/99, EU:C:2002:42, n.º 15), e de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 37).

31 — Também decorre dessa natureza abstrata que o pedido de cessação de utilização de cláusulas declaradas abusivas opera relativamente a todos os consumidores que tenham celebrado com o profissional em questão um contrato que contenha essas mesmas cláusulas, mesmo que estes últimos não sejam partes na ação inibitória [v., neste sentido, acórdão de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 38)].

32 — Acórdãos de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555, n.º 39); de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 37), e de 14 de abril de 2016, Sales Sinués e Drame Ba (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252, n.º 29). V., também, acórdão de 9 de setembro de 2004, Comissão/Espanha (C-70/03, EU:C:2004:505, n.º 16), no qual o Tribunal de Justiça distinguiu a ação ou recurso individual da ação inibitória observando que «[n]o primeiro caso, os tribunais ou os órgãos competentes são chamados a apreciar *in concreto* o carácter abusivo de uma cláusula incluída num contrato já celebrado, ao passo que, no segundo caso, compete-lhes efetuar uma apreciação *in abstracto* sobre o carácter abusivo de uma cláusula suscetível de ser incorporada em contratos que ainda não foram celebrados».

33 — V. artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 e acórdão de 14 de abril de 2016, Sales Sinués e Drame Ba (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252, n.º 21).

34 — O artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2009/22 define a infração como «todo e qualquer ato contrário ao disposto nas diretivas enumeradas no anexo I, transpostas para a ordem jurídica interna dos Estados-Membros e que prejudique os interesses coletivos [dos consumidores abrangidos por essas diretivas]».

57. Daqui concluo que as cláusulas cuja proibição é pedida no âmbito de uma ação inibitória como a que está em causa no processo principal não estão, neste contexto, na origem de nenhuma obrigação contratual na aceção do Regulamento Roma I.

58. Em contrapartida, uma ação deste tipo visa que seja determinada a responsabilidade do profissional ao abrigo da obrigação extracontratual que lhe incumbe de se abster de utilizar cláusulas abusivas nas suas relações com os consumidores. Assim, tem por objetivo prevenir um dano que toma a forma de uma lesão dos interesses coletivos dos consumidores causada pela violação dessa obrigação. Também tem por objetivo uma obrigação extracontratual, na aceção do Regulamento Roma II, da mesma forma que está abrangida, conforme resulta do acórdão Henkel³⁵, pela matéria extracontratual na aceção do Regulamento Bruxelas I³⁶.

59. Em segundo lugar, esta abordagem é corroborada pelo facto de que, no que se refere mais precisamente ao exame da validade de uma cláusula de escolha da lei, me parece que as regras de conflitos de leis instituídas pelo Regulamento Roma I só estão adaptadas às ações individuais.

60. A este propósito, o artigo 10.º, n.º 1, deste regulamento prevê que a validade de uma cláusula contratual está sujeita à «lei que seria aplicável, por força [deste] regulamento, se [esta cláusula] fosse válida». Nos termos desta disposição, a legalidade de uma cláusula de escolha da lei deve assim ser avaliada à luz do direito escolhido por esta cláusula. Se a referida disposição se aplicasse ao exame do carácter abusivo de uma cláusula de escolha da lei no âmbito de uma ação inibitória, o profissional poderia decidir unilateralmente, inserindo uma cláusula desse tipo em condições gerais pré-redigidas a montante do momento em que é estabelecida qualquer relação contratual³⁷, qual o direito aplicável ao exame da validade dessas mesmas condições gerais.

61. Ora, duvido que o legislador tenha querido essa consequência. Tal é demonstrado pela redação do artigo 3.º, n.º 5, do Regulamento Roma I, nos termos do qual «[a] existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha da lei aplicável» são determinadas, designadamente, pelo artigo 10.º deste regulamento. Esta última disposição refere também, no seu n.º 1, a «existência e a validade substancial do contrato». No âmbito de uma ação inibitória, de natureza abstrata e preventiva, não pode haver nem consentimento das partes nem contrato cuja existência e validade possam ser avaliadas. Esta observação evidencia as dificuldades que poderiam surgir se se considerasse que o Regulamento Roma I rege o direito aplicável ao exame da licitude de cláusulas de escolha da lei quando estas não estão ligadas a um compromisso concreto e determinado.

62. Em terceiro lugar, considero que os argumentos invocados pela Amazon EU, pelo Governo alemão e pela Comissão em apoio da aplicabilidade do Regulamento Roma I não põem em causa a abordagem que preconizo.

63. Estes intervenientes alegam, designadamente, que o direito aplicável ao exame do carácter abusivo das próprias cláusulas deve ser idêntico no âmbito das ações individuais e das ações inibitórias. Se assim não fosse, esse exame poderia conduzir a resultados contraditórios consoante o tipo de ação.

35 — Acórdão de 1 de outubro de 2002 (C-167/00, EU:C:2002:55, n.º 50).

36 — Esta abordagem corresponde àquela que a Comissão preconizou na sua proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), de 22 de julho de 2003, [COM(2003) 427 final] (a seguir «proposta de Regulamento Roma II»), pp. 16 e 17. Refere-se aí à conclusão adotada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 1 de outubro de 2002, Henkel (C-167/00, EU:C:2002:555), que sugere que esta se aplica tanto à determinação do órgão jurisdicional competente como à determinação do direito aplicável.

37 — No caso em apreço, é facto assente que as condições gerais de venda controvertidas foram redigidas pela Amazon EU antes da sua aprovação pelos consumidores e não foram, assim, negociadas individualmente.

64. Duvido que tal simetria se imponha necessariamente. Pelo contrário, a possibilidade de as mesmas cláusulas poderem, se for caso disso, ser examinadas à luz das leis de uma ordem jurídica diferente no âmbito de uma ação inibitória e de uma ação individual parece-me inerente à natureza divergente e complementar destes dois tipos de ações jurisdicionais³⁸.

65. Além disso, a Diretiva 93/13 prevê expressamente a possibilidade de que a apreciação do caráter abusivo de cláusulas contratuais conduza a um resultado divergente em função do tipo de ação que lhe deu origem. Com efeito, de acordo com o artigo 5.º desta diretiva, as cláusulas cujo caráter abusivo seja invocado são objeto de regras de interpretação distintas no âmbito da ação individual e da ação inibitória³⁹.

66. Atendendo a tudo o que precede, considero que o direito aplicável ao exame do caráter abusivo das cláusulas cuja proibição é pedida no âmbito de uma ação inibitória intentada ao abrigo da Diretiva 2009/22 deve ser determinado pela aplicação das regras de conflitos de leis previstas no Regulamento Roma II.

3. Quanto à determinação da lei aplicável ao abrigo do Regulamento Roma II

67. Num segundo momento, para responder à segunda questão prejudicial, há que esclarecer quais as disposições deste regulamento que regem essa determinação.

a) Quanto à aplicabilidade do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II

68. O artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento Roma II prevê, enquanto regra geral, a aplicação às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco da lei do «país onde ocorre o dano» (*lex loci damni*).

69. O artigo 6.º, n.º 1, deste regulamento consagra, enquanto regra especial relativa às obrigações extracontratuais que resultam de «um ato de concorrência desleal», a aplicação da lei do «país em que as relações de concorrência ou os interesses coletivos dos consumidores sejam afetados ou sejam suscetíveis de ser afetados».

70. Conforme resulta do considerando 21 do referido regulamento, o seu artigo 6.º, n.º 1, constituiu uma *lex specialis* que, longe de derrogar o artigo 4.º, n.º 1, do mesmo regulamento, precisa o seu âmbito. Por outras palavras, a regra estabelecida no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II concretiza, no âmbito específico da concorrência desleal, o princípio da *lex loci damni*.

71. Em minha opinião, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II aplica-se às obrigações extracontratuais suscetíveis de emanar de uma infração à Diretiva 93/13 cometida em detrimento dos interesses coletivos dos consumidores.

72. Semelhante interpretação, que me parece decorrer da própria redação desta disposição, é corroborada pelos respetivos trabalhos preparatórios. A este respeito, a exposição de motivos da proposta do Regulamento Roma II menciona explicitamente, a título das matérias que se enquadram no âmbito de aplicação desta regra específica, as ações coletivas inibitórias contra a utilização de cláusulas abusivas em contratos celebrados por consumidores⁴⁰.

38 — V. acórdão de 14 de abril de 2016, Sales Sinués e Drame Ba (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252, n.º 30), no qual o Tribunal de Justiça sublinhou os objetos e os efeitos diferentes destes dois tipos de ações.

39 — A regra segundo a qual a interpretação mais favorável ao consumidor prevalece em caso de dúvida quanto ao sentido de uma cláusula não se aplica às ações coletivas inibitórias. No acórdão de 9 de setembro de 2004, Comissão/Espanha (C-70/03, EU:C:2004:505, n.º 16), o Tribunal de Justiça explicou essa distinção com a natureza e as finalidades diferentes da ação individual e da ação inibitória (v. nota de pé de página n.º 32 das presentes conclusões).

40 — Proposta de Regulamento Roma II, p. 17.

73. Assim, considero que o âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II se alarga a qualquer ato suscetível de alterar as relações entre os participantes num mercado, seja entre concorrentes ou seja em relação a consumidores coletivamente⁴¹. Em conformidade com esta definição autónoma da «concorrência desleal» na aceção desta disposição, esta engloba a utilização de cláusulas abusivas inseridas nas condições gerais de venda quando seja suscetível de afetar os interesses coletivos dos consumidores enquanto classe e, por conseguinte, influenciar as condições de concorrência no mercado.

74. Em aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, a ação inibitória que vise proibir a utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores que residam na Áustria é, em minha opinião, regida pelo direito austríaco. Com efeito, é no país de residência destes consumidores que os interesses coletivos que esta ação visa proteger são afetados ou suscetíveis de ser afetados.

b) Quanto à inaplicabilidade do artigo 4.º, n.º 3, e do artigo 12.º do Regulamento Roma II

75. A regra da conexão acessória enunciada no artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento Roma II não põe em causa a conclusão a que se chegou no número precedente. Esta disposição prevê uma derrogação à regra geral da *lex loci damni* quando se esteja na presença de uma «conexão manifestamente mais estreita» com outro Estado-Membro. Nos termos da referida disposição, esta conexão pode, nomeadamente, resultar de uma «relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no ato lícito, ilícito ou no risco».

76. Em minha opinião, esta derrogação não é aplicável às situações abrangidas pelo âmbito de aplicação de uma regra especial como a enunciada no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II.

77. A este respeito, resulta dos trabalhos preparatórios relativos a este regulamento que a Comissão considerou que as regras da conexão acessória que correspondem às previstas no artigo 4.º, n.ºs 2 e 3 deste regulamento «não são em geral adaptadas à matéria [da concorrência desleal]»⁴². Partilho deste ponto de vista, uma vez que o artigo 6.º, n.º 1, do referido regulamento visa proteger interesses coletivos — que ultrapassam o quadro das relações entre as partes no litígio — ao preverem uma regra especificamente adaptada para esse efeito. Ora, este objetivo seria prejudicado se fosse possível pôr em causa esta regra com base nos vínculos de conexão pessoais entre as partes⁴³.

78. Além disso, a VKI e a Amazon EU não estão, no caso em apreço, ligadas por nenhum contrato pré-existente (dado que as condições gerais de venda se destinam apenas aos consumidores individuais). Por outro lado, recordo que, uma vez que a ação inibitória é independente de qualquer conflito individual concreto entre profissional e consumidores, pode ser intentada mesmo que as cláusulas cuja proibição é pedida não tenham sido utilizadas em contratos determinados⁴⁴. Nestas condições, o facto de essas condições gerais preverem a aplicabilidade do direito luxemburguês não dá origem, na falta de qualquer relação pré-existente tanto entre as partes no litígio como entre o profissional e certos consumidores determinados, a uma conexão manifestamente mais estreita com o Luxemburgo no âmbito dessa ação.

41 — V. considerando 21 do Regulamento Roma II.

42 — Proposta de Regulamento Roma II, p. 17.

43 — V., neste sentido, Dickinson, A., *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 397 e 398.

44 — V. n.º 55 das presentes conclusões.

79. O artigo 12.º do Regulamento Roma II, cuja aplicação a título subsidiário foi invocada pela Comissão, também me parece não ser pertinente neste contexto. Esta disposição, que rege o direito aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes de negociações pré-contratuais (*culpa in contrahendo*), pressupõe, em minha opinião, a existência de negociações pré-contratuais concretas e determinadas. Ora, atendendo ao caráter abstrato e coletivo da ação inibitória, este elemento não está presente. Em todo o caso, esta ação não tem por objetivo fazer proibir uma *culpa in contrahendo* mas sim a utilização das próprias cláusulas contratuais.

c) Consequências práticas

80. Se a abordagem que proponho for seguida no presente caso, a avaliação do caráter abusivo das cláusulas visadas pelo pedido inibitório ficará assim, em aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, abrangida apenas pelo direito austríaco — incluindo, nomeadamente, a legislação austríaca que transpõe a Diretiva 93/13 (a saber, a KSchG).

81. Em contrapartida, no âmbito das ações individuais, esta questão será regida, em aplicação do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I⁴⁵, pelo direito escolhido pelas partes ao abrigo da cláusula 12.^a das condições gerais de venda controvertidas (admitindo que esta seja válida⁴⁶) — a saber, o direito luxemburguês. Todavia, este direito aplica-se sem prejuízo da proteção reconhecida aos consumidores pelas disposições imperativas do direito que teria sido aplicável na falta de escolha⁴⁷. Este corresponde, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1 deste regulamento, ao direito do país de residência habitual do consumidor — no caso em apreço, o direito austríaco.

B – Quanto à apreciação do caráter abusivo da cláusula de escolha da lei (primeira parte da quarta questão)

82. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, com a primeira parte da sua quarta questão, se uma cláusula de escolha da lei que designa o direito do Estado-Membro da sede do profissional, como a cláusula 12.^a das condições gerais de venda utilizada pela Amazon EU, reveste um caráter abusivo na aceção da Diretiva 93/13.

83. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, uma cláusula que não tenha sido objeto de negociação individual é abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes em detrimento do consumidor.

84. O artigo 3.º, n.º 2, desta diretiva esclarece que se considera que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida pelo profissional, sem que o consumidor tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. Do meu ponto de vista, não há dúvida de que esta hipótese engloba condições gerais de venda como as que estão em causa no processo principal.

45 — A Amazon EU observou, com razão, que esta disposição só é aplicável na medida em que o contrato satisfaça uma das condições enunciadas no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento Roma I. Os contratos que esta sociedade celebrou ou virá a celebrar no futuro com consumidores austríacos podem enquadrar-se no cenário previsto na alínea b), dessa disposição, desde que a Amazon EU «dirija [as suas] atividades» para a Áustria. Parece-me ser esse o caso, na medida em que resulta da decisão de reenvio que o sítio Internet www.amazon.de permite efetivamente a celebração de contratos com consumidores austríacos [v. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), COM(2005) 650 final, p. 7]. Todavia, sendo caso disso, incumbirá aos órgãos jurisdicionais nacionais proceder a essa apreciação.

46 — Em conformidade com o artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, a validade de uma cláusula de escolha da lei, no âmbito de uma ação individual, deve ser avaliada à luz do direito escolhido pelas partes. Na hipótese de essa cláusula ser declarada abusiva no termo dessa apreciação, a validade das outras condições gerais de venda seria regida pelo direito do país de residência do consumidor nos termos do artigo 6.º, n.º 1, deste regulamento (no pressuposto de que uma das condições enunciadas nessa disposição esteja cumprida: v. nota de pé de página n.º 45 das presentes conclusões).

47 — V., igualmente, considerando 25 de Regulamento Roma I.

85. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, da referida diretiva, o carácter abusivo de uma cláusula só pode ser declarado após um exame casuístico que tome em consideração todas as circunstâncias pertinentes, incluindo da natureza dos bens ou dos serviços que são objeto do contrato.

86. Além disso, o artigo 5.º da mesma diretiva dispõe que, quando as cláusulas propostas ao consumidor estejam consignadas por escrito, deverão ser redigidas «de forma clara e compreensível»⁴⁸.

87. Nos termos das disposições conjugadas do artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 93/13 e do n.º 1, alínea q), do anexo desta diretiva, podem, nomeadamente, ser declaradas abusivas as cláusulas destinadas a «[s]uprimir ou entrar a possibilidade de intentar ações judiciais [...] por parte do consumidor»⁴⁹.

88. É ao órgão jurisdicional nacional que cabe determinar se, atendendo às circunstâncias próprias do caso em apreço, uma cláusula respeita as exigências da boa-fé, de equilíbrio e de transparência que decorrem das disposições acima referidas⁵⁰. Contudo, o Tribunal de Justiça é competente para identificar nas disposições da Diretiva 93/13 os critérios que aquele órgão jurisdicional pode ou deve aplicar aquando dessa apreciação⁵¹.

89. A título prévio, há que refutar a premissa em que parece assentar a argumentação da VKI, segundo a qual a cláusula 12.ª das condições gerais de venda controvertidas prevê que o contrato está exclusivamente submetido ao direito luxemburguês, sem que os consumidores possam beneficiar da proteção que lhes asseguram as disposições imperativas do direito do Estado da sua residência. Em minha opinião, tal interpretação não resulta da redação desta cláusula. O mero facto de não fazer explicitamente referência à essa proteção que o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I confere aos consumidores não os pode privar da proteção que esta lhes confere. É o que sucede uma vez que a referida proteção decorre diretamente desta disposição legislativa que limita a autonomia da vontade das partes. Por conseguinte, os consumidores podem invocá-la sem que seja necessário que esteja consagrada também sob a forma de uma obrigação contratual⁵².

90. Feita esta precisão sobre o âmbito desta cláusula, importa determinar se os inconvenientes que dela decorreriam, se fosse caso disso, para os consumidores atingem o limiar de um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.

91. Em minha opinião, uma cláusula de escolha da lei que designa o direito do Estado-Membro da sede do profissional não pode revestir um carácter abusivo apenas pelo facto de que esta é, por hipótese, suscetível, por um lado, de tornar mais difícil o exercício de uma ação judicial pelo consumidor médio residente noutro Estado, e, por outro, de favorecer o profissional no âmbito da sua defesa.

48 — Embora o órgão jurisdicional de reenvio não lhe tenha feito referência no enunciado das suas questões, o Tribunal de Justiça pode tomar essa disposição em consideração na medida em que a sua interpretação possa ser útil à decisão no processo principal [v., nomeadamente, acórdão de 21 de fevereiro de 2006, Ritter-Coulais (C-152/03, EU:C:2006:123, n.º 29 e jurisprudência referida)].

49 — Este anexo contém apenas uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Assim, uma cláusula que nela figure não deve ser necessariamente considerada abusiva e, inversamente, uma cláusula que aí não figure pode, todavia, ser declarada abusiva [v. acórdão de 7 de maio de 2002, Comissão/Suécia (C-478/99, EU:C:2002:281, n.º 20)].

50 — V., nomeadamente, acórdão de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, n.º 40 e jurisprudência referida).

51 — V., nomeadamente, acórdão de 9 de julho de 2015, Bucura (C-348/14, EU:C:2015:447, n.º 46 e jurisprudência referida).

52 — Com efeito, no âmbito do exame do carácter abusivo de uma cláusula, há que interpretá-la atribuindo-lhe os efeitos que resultariam do contexto das relações individuais e concretas entre o profissional e os consumidores, conforme enquadrados pelo artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I. A este respeito, resulta da jurisprudência que, aquando desse exame, devem nomeadamente ser avaliadas as consequências que a cláusula pode ter no âmbito do direito aplicável ao contrato [acórdão de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209, n.º 21)]. Este direito inclui, em minha opinião, não apenas o direito nacional, mas também, sendo caso disso, as disposições diretamente aplicáveis do direito da União.

92. É certo que, como a VKI e o Governo do Reino Unido alegam, considerações semelhantes levaram o Tribunal de Justiça a declarar, no acórdão *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*⁵³, que uma cláusula que atribui a competência exclusiva aos órgãos jurisdicionais do país da sede do profissional era abrangida pelo âmbito de aplicação do ponto 1, alínea q), do anexo da referida diretiva. Todavia, esta conclusão não me parece ser transponível por analogia para uma cláusula de escolha da lei como a que está em causa no processo principal, cujos efeitos diferem dos de uma cláusula atributiva de jurisdição.

93. A legislação da União autoriza, em princípio, expressamente as cláusulas de escolha da lei, mesmo quando estas não tenham sido objeto de negociação individual. Com efeito, o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I consagra — através da reserva mencionada no segundo período desta disposição — a possibilidade de as partes acordarem o direito aplicável a um contrato celebrado por consumidores. Esta disposição não procede a uma distinção consoante a cláusula tenha ou não sido negociada individualmente. No que respeita às cláusulas que não foram objeto dessa negociação⁵⁴, os considerandos 5 e 6 da Diretiva 93/13 indicam, além disso, que o legislador considerou especificamente a possibilidade de celebrar contratos regidos pelo direito de um Estado-Membro diferente daquele em que o consumidor reside, embora tenha reconhecido a necessidade de proteger este último da utilização de cláusulas abusivas em tal cenário.

94. Nestas condições, considero que uma cláusula de escolha da lei que designa o direito do Estado-Membro da sede do profissional só é abusiva na medida em que apresente determinadas especificidades, próprias da sua redação ou do seu contexto, de que resulte um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes.

95. Em particular, o caráter abusivo de tal cláusula pode decorrer de uma formulação que não satisfaça a exigência de redação clara e compreensível enunciada no artigo 5.º da Diretiva 93/13. Conforme resulta da jurisprudência, esta exigência, tendo em conta a situação de inferioridade em que o consumidor se encontra face ao profissional no que respeita, designadamente, ao nível de informação, deve ser objeto de uma interpretação extensiva⁵⁵. O Tribunal de Justiça também sublinhou o caráter essencial da informação do consumidor quanto às consequências das cláusulas contratuais⁵⁶. Atendendo a estas considerações, a referida exigência requer, nomeadamente, em minha opinião, que a cláusula não seja suscetível de induzir o consumidor médio em erro quanto ao conteúdo dos seus direitos.

96. No presente caso, a cláusula impugnada deve, mais precisamente, ser suficientemente transparente quanto à possibilidade de o consumidor invocar as disposições imperativas do direito do Estado da sua residência, que o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I lhe garante. O grau de transparência exigido para esse efeito depende de todas as circunstâncias pertinentes do caso concreto⁵⁷.

53 — Acórdão de 27 de junho de 2000, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, n.ºs 22 e 23.

54 — V. artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.

55 — V. acórdão de 23 de abril de 2015, *Van Hove* (C-96/14, EU:C:2015:262, n.º 40 e jurisprudência referida).

56 — Num contexto específico, o Tribunal de Justiça considerou que, uma vez que os efeitos de uma cláusula eram determinados por disposições legislativas imperativas, era essencial que o profissional informasse o consumidor dessas disposições [acórdão de 26 de abril de 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 29)].

57 — V., neste sentido, acórdão de 21 de março de 2013, *RWE Vertrieb* (C-92/11, EU:C:2013:180, n.º 51).

97. A este respeito, observo que os contratos celebrados por consumidores dizem frequentemente respeito a importâncias modestas⁵⁸, por maioria de razão no âmbito do comércio eletrónico. Nestas condições, o consumidor médio está pouco motivado para intentar uma ação jurisdicional contra o profissional⁵⁹. Uma cláusula de escolha da lei que designa o direito de um Estado-Membro diferente daquele em que o consumidor reside é suscetível de reduzir ainda mais a atratividade dessa ação.

98. Além disso, parece-me provável que o consumidor médio não esteja suficientemente informado da proteção que o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I lhe assegura. Por conseguinte, este último confiará em princípio apenas na redação da cláusula de escolha da lei. Ora, a possibilidade de o consumidor invocar a proteção que as leis imperativas do Estado da sua residência lhe conferem reveste-se de uma importância prática considerável.

99. Antes de mais, essas leis compreendem um volume significativo de disposições que o consumidor pode invocar. Entre estas figuram, designadamente, as disposições nacionais que transpõem o acervo da União em matéria de proteção dos consumidores, em especial no que diz respeito ao comércio eletrónico⁶⁰. Com efeito, conforme resulta das diretivas que regem esta matéria, estas disposições revestem em princípio um caráter imperativo⁶¹.

100. Em seguida, as leis do Estado em que o consumidor reside são-lhe geralmente mais familiares e acessíveis (quanto mais não seja por razões linguísticas) e, por conseguinte, mais fáceis de invocar, do que as do Estado-Membro da sede do profissional. A este propósito, acrescento que o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I não sujeita, em minha opinião, o benefício pelo consumidor «da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo» por força do direito do país da sua residência à condição de essas disposições preverem um nível de proteção superior, de um ponto de vista substantivo, àquele que decorre da legislação do ordenamento jurídico escolhido⁶². Em minha opinião, o artigo 6.º, n.º 2, deste regulamento permite assim que o consumidor invoque globalmente as disposições imperativas do direito do Estado da sua residência, independentemente de lhe serem ou não mais favoráveis do que as disposições do direito escolhido do ponto de vista do seu conteúdo⁶³.

58 — V. considerando 24 de Regulamento Roma I.

59 — V. considerando 7 do Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante (JO 2007, L 199, p. 1), que sublinha que a complexidade, as despesas e os prazos associados aos litígios não diminuem necessariamente de modo proporcional ao valor do pedido, de tal forma que, nos pequenos casos transfronteiriços, são ainda maiores as dificuldades para se conseguir uma decisão judicial rápida e pouco dispendiosa. Os consumidores podem, por outro lado, intentar um processo de resolução alternativa dos litígios ao abrigo das leis nacionais que transpõem a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) (JO 2013, L 165, p. 63).

60 — A saber, várias das diretivas listadas no anexo I da Diretiva 2009/22 e no anexo do Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor («regulamento relativo à cooperação em matéria de proteção dos consumidores») (JO 2004, L 364, p. 1).

61 — Assim, as partes de um contrato celebrado por consumidor não podem derogar a proteção que a Diretiva 93/13 confere ao consumidor [v., nomeadamente, acórdão de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, n.º 36)]. V. também, designadamente, artigo 25.º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2011, L 304, p. 64), e artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO 1999, L 171, p. 12).

62 — A comparação dos respetivos méritos das disposições de diferentes ordenamentos jurídicos em matéria de proteção dos consumidores e do nível de proteção que asseguram a estes últimos revela-se, de resto, dificilmente exequível (v., a este propósito, Hill, J., «Article 6 of the Rome I Regulation: Much ado about nothing», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2009, vol. 27, p. 443).

63 — Para determinados exemplos de decisões nacionais proferidas neste sentido, v. Basedow, J., «Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-regulation», *Enforcement of international contracts in the European Union: Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Anvers, Oxford, New York, 2004, pp. 280 e 281.

101. Por último, o desafio da possibilidade de o consumidor invocar essa proteção é ainda potenciado pelo facto de determinadas diretivas da União em matéria de proteção dos consumidores só procederem a uma harmonização mínima⁶⁴. Outras permitem que os Estados-Membros mantenham ou adotem regras nacionais respeitantes a determinados aspetos que se enquadram no seu âmbito de aplicação⁶⁵. O Estado-Membro de residência do consumidor pode assim conferir a este último uma proteção mais alargada do que a prevista nessas diretivas e, se for caso disso, nas leis que as transpõem para o ordenamento jurídico escolhido.

102. Nestas condições, considero, à semelhança da VKI e do Governo do Reino Unido, que a inexistência de menção, na referida cláusula 12.^a, quanto à possibilidade de o consumidor invocar as leis imperativas do país da sua residência é suscetível de dar ao consumidor médio a impressão errada de que só o direito escolhido por força dessa cláusula se aplica ao contrato. Ora, se esse consumidor for, assim, induzido em erro, corre o risco de ser dissuadido de intentar uma ação em razão, principalmente, da falta de familiaridade com as leis de proteção dos consumidores do ordenamento jurídico escolhido⁶⁶.

103. Consequentemente, parece-me que essa cláusula é suscetível de criar um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes e, por conseguinte, de revestir um caráter abusivo na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, o que caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

104. A Amazon EU objetou que a constatação do caráter abusivo de tal cláusula faria com que sobre os profissionais impendesse a obrigação excessivamente pesada de listarem todas as leis imperativas pertinentes do Estado de residência do consumidor para poderem escolher a lei aplicável ao contrato. Para dissipar qualquer confusão a este propósito, esclareço que esta constatação não acarreta tal obrigação. Impõe simplesmente aos profissionais a escolha de uma formulação que indique de forma inequívoca, na redação da cláusula de escolha da lei, que esta se aplica sem prejuízo da proteção que as leis imperativas do Estado da sua residência asseguram aos consumidores, sem que seja necessariamente exigível enumerar essas leis.

C – Quanto à lei aplicável ao exame da licitude das cláusulas relativas ao tratamento de dados pessoais (segunda parte da quarta questão)

105. Com a segunda parte da sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre o direito aplicável ao tratamento de dados pessoais efetuado por uma empresa de comércio eletrónico que dirige as suas atividades para um Estado-Membro diferente daquele em que tem a sua sede. Este órgão jurisdicional pergunta se esse tratamento é, no caso em apreço, regulado unicamente pelo direito do Estado-Membro da sede da Amazon EU (a saber, o Luxemburgo), ou também pelo direito austríaco, uma vez que esta sociedade se dirige aos consumidores residentes na Áustria através do seu sítio Internet em língua alemã.

64 — V., nomeadamente, artigo 8.º da Diretiva 93/13 e artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 1999/44.

65 — V., nomeadamente, considerando 2, artigo 5.º, n.º 4, artigo 6.º, n.º 7, artigo 8.º, n.º 6, e artigo 9.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83.

66 — V. considerando 5 da Diretiva 93/13.

1. Considerações preliminares

106. Esta questão é deferida ao Tribunal de Justiça na medida em que a VKI alegou que as cláusulas 6.^a, 9.^a e 11.^a das condições gerais de venda da Amazon EU são contrárias à DSG, que transpõe a Diretiva 95/46⁶⁷ para o direito austríaco. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio tem, na realidade, dúvidas quanto ao direito nacional que transpõe esta diretiva, à luz do qual deve ser examinada a licitude destas cláusulas no âmbito de uma ação inibitória.

107. Se se comparar a redação e o contexto da referida questão, também resulta que este órgão jurisdicional parte do pressuposto de que o direito aplicável a esse exame deve ser idêntico ao direito aplicável aos tratamentos de dados pessoais que a Amazon EU efetua, sendo caso disso, nos termos das mesmas cláusulas.

108. Nenhum dos intervenientes contestou esta premissa. Também adiro a ela. Com efeito, o artigo 4.º da Diretiva 95/46 prevê regras específicas que permitem identificar o direito nacional da sua transposição que regula um determinado tratamento de dados⁶⁸. Estas regras especiais também designam, em minha opinião, o direito aplicável ao exame da licitude das cláusulas que preveem este tratamento⁶⁹.

2. Quanto ao âmbito do artigo 4.º da Diretiva 95/46

109. De acordo com os trabalhos preparatórios da Diretiva 95/46, o seu artigo 4.º visa nomeadamente, no seu conjunto, evitar que uma mesma operação de tratamento de dados seja regulada pelas leis de mais do que um Estado-Membro⁷⁰. Com efeito, esta diretiva assenta na ideia de que a harmonização que opera assegura um nível equivalente de proteção dos dados em toda a União. Por conseguinte, impõe aos Estados-Membros uma obrigação de confiança mútua que se opõe a que uma mesma operação de tratamento seja passada no crivo de diversos direitos nacionais, entravando, assim, a circulação dos dados em questão⁷¹.

67 — Resulta de decisão de reenvio que é ao abrigo do direito nacional de transposição da Diretiva 2009/22 que a VKI tem legitimidade para intentar a ação inibitória em causa no processo principal. Ora, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, desta diretiva, esta é aplicável às ações inibitórias «para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores incluídos nas diretivas enumeradas no [seu] anexo I». Este anexo não faz referência à Diretiva 95/46. Por conseguinte, as ações inibitórias que têm por objetivo a proibição da utilização de cláusulas contrárias às leis nacionais que transpõem esta diretiva (como a DSG) não se enquadram no âmbito de aplicação da Diretiva 2009/22. Assim sendo, não se pode excluir que a VKI tenha legitimidade para pedir a inibição da utilização de cláusulas contrárias à DSG nos termos das disposições do direito austríaco que delimitam de forma mais ampla o direito de agir das associações de proteção dos consumidores. O objeto do litígio no processo principal, conforme descrito na decisão de reenvio, sugere que é esse o caso, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

68 — Nos termos do artigo 27.º do Regulamento Roma II, este «não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, estabeleçam regras de conflitos de leis referentes a obrigações extracontratuais». V. também artigo 23.º do Regulamento Roma I.

69 — A determinação do direito aplicável a esse exame deve, assim, ser distinguida da designação do direito aplicável a outras questões de direito que possam sobrevir no âmbito da ação inibitória, como, designadamente, a questão da própria existência do direito de pedir a inibição das cláusulas contrárias à DSG.

70 — Commission communication on the protection of individuals in relation to the processing of personal data in the Community and information security [COM90 314 final, p. 22], e amended proposal for a Council directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [COM(92) 422 final, p. 13]. Da mesma maneira, o considerando 18 da Diretiva 95/46 menciona a necessidade de que qualquer tratamento de dados pessoais efetuado na União respeite a legislação «de um dos Estados-Membros».

71 — V., neste sentido, considerando 9 da Diretiva 95/46.

110. Por conseguinte, esta disposição preenche uma dupla função⁷²:

- Em primeiro lugar, delimita o âmbito de aplicação territorial do quadro de proteção instituído pela Diretiva 95/46. Esta função estava em causa no processo que deu origem ao acórdão *Google Spain e Google*⁷³. Tratava-se então de determinar se esse quadro de proteção se aplicava, por intermédio do direito espanhol que transpôs esta diretiva, a um tratamento de dados cujo responsável estava estabelecido num Estado terceiro (a saber, nos Estados Unidos).
- Em segundo lugar, o referido artigo 4.º permite identificar, de entre os direitos de diversos Estados-Membros, aquele que regula um determinado tratamento de dados. É a esta função que se faz referência no presente processo, tal como naquele que deu origem ao acórdão *Weltimmo*⁷⁴.

111. Feito este esclarecimento, resulta do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 que a aplicabilidade de uma lei de transposição de um Estado-Membro a um tratamento de dados pessoais pressupõe que estejam reunidas duas condições:

- em primeiro lugar, o responsável por esse tratamento deve dispor de um «estabelecimento» nesse Estado-Membro;
- em segundo lugar, esse tratamento deve ter lugar «no contexto das atividades» desse estabelecimento.

112. A segunda condição revela-se, na prática, decisiva quando uma empresa dispõe de estabelecimentos em vários Estados-Membros⁷⁵. Permite assim determinar qual dos direitos desses Estados-Membros regula a operação de tratamento em causa: só será aplicável o direito do Estado-Membro do estabelecimento em cujo âmbito de atividades essa operação se inscreve⁷⁶.

113. No caso em apreço, não se contesta que as cláusulas 6.ª, 9.ª e 11.ª das condições gerais de venda da Amazon EU se referem a um «tratamento de dados pessoais» abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 95/46⁷⁷. Também importa apreciar se esse tratamento se destina a ter lugar «no contexto das atividades» de um «estabelecimento» dessa sociedade na Áustria, no Luxemburgo ou — embora essa eventualidade não tenha sido suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio nem pelos intervenientes — na Alemanha.

3. Quanto à eventual aplicabilidade do direito austríaco

114. No que respeita à existência de um estabelecimento da Amazon EU na Áustria, observo, desde já, que o conceito de estabelecimento, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 95/46, reveste um significado autónomo⁷⁸.

72 — V. conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:426, n.º 23).

73 — Acórdão de 13 de maio de 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

74 — Acórdão de 1 de outubro de 2015 (C-230/14, EU:C:2015:639).

75 — V. conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:426, n.º 40).

76 — Não está excluído que um mesmo tratamento de dados por uma empresa consista em diversas operações que se prendem com as atividades de diferentes estabelecimentos desta. Neste cenário, cada operação enquadra-se, em minha opinião, no direito do Estado-Membro em que estiver situado o estabelecimento em cujo contexto é efetuada a operação.

77 — O artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46 define o «[t]ratamento de dados pessoais» como «qualquer operação ou conjunto de operações [...]» efetuadas sobre esses dados, tais como, nomeadamente, a recolha, a utilização e a comunicação destes.

78 — Com efeito, decorre das exigências tanto de aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não contenha nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem em princípio ser interpretados em toda a União Europeia de modo autónomo e uniforme, tendo em conta o contexto da disposição e do objetivo prosseguido pela regulamentação em causa [v. acórdão de 3 de setembro de 2014, *Deckmyn e Vrijheidsfonds* (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 14 e jurisprudência referida)].

115. Nos termos do considerando 19 da referida diretiva, este conceito pressupõe «o exercício efetivo e real de uma atividade mediante uma instalação estável». Este considerando esclarece que «a forma jurídica de tal estabelecimento [...] não é determinante». Indica também que, quando no território de vários Estados-Membros estiver estabelecido um único responsável pelo tratamento, este deverá assegurar que cada um destes estabelecimentos cumpre as obrigações impostas pela legislação nacional aplicável às respetivas atividades.

116. À luz destas disposições, o Tribunal de Justiça adotou, no acórdão *Weltimmo*⁷⁹, uma interpretação ampla do conceito de estabelecimento, ao considerar que abrange «qualquer atividade real e efetiva, ainda que mínima, exercida através de uma instalação estável», independentemente da sua forma jurídica. Esclareceu aí que «para determinar se uma sociedade, responsável por um tratamento de dados, dispõe de um estabelecimento, na aceção da [referida diretiva], num Estado-Membro diferente do Estado-Membro ou do país terceiro em que está registada, há que avaliar tanto o grau de estabilidade da instalação como a realidade do exercício das atividades nesse outro Estado-Membro»⁸⁰.

117. Em seguida, o Tribunal de Justiça confiou ao órgão jurisdicional nacional o cuidado de determinar, tendo em conta estes princípios, se a sociedade em causa dispunha de um estabelecimento na Hungria à luz de um conjunto de critérios. Por um lado, convidou-o a ter em conta o facto de que a atividade em questão consistia na exploração de sítios Internet de anúncios de imóveis situados na Hungria e redigidos em húngaro — de tal forma que a exploração desses sítios Internet estava principalmente, ou mesmo totalmente, direcionada para esse Estado-Membro. Por outro lado, o Tribunal de Justiça sublinhou a presença de um representante na Hungria encarregado de aí cobrar os créditos resultantes dessa atividade e de representar a referida sociedade nos processos relativos ao tratamento de dados em questão, bem como a abertura de uma conta bancária e a utilização de uma caixa postal na Hungria⁸¹. Por outro lado, observo que a enunciação desses critérios pelo Tribunal de Justiça implica que um estabelecimento na Hungria não pode existir apenas pelo simples facto de que os referidos sítios Internet aí estavam acessíveis.

118. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, à luz desta jurisprudência e tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes ao caso em apreço, se a Amazon EU possui um estabelecimento na Áustria. No entanto, o Tribunal de Justiça pode facultar-lhe certas indicações suscetíveis de o orientar no âmbito dessa apreciação, como as que a seguir se propõem.

119. Antes de mais, o facto de a Amazon EU se encontrar registada e de ter a sua sede no Luxemburgo e de não possuir filial nem sucursal na Áustria não exclui que aí tenha um estabelecimento na aceção da Diretiva 95/46.

120. Em seguida, resulta da decisão de reenvio que a Amazon EU se relaciona e celebra contratos com os consumidores austríacos através do seu sítio Internet em língua alemã. Em minha opinião, atendendo, designadamente, à jurisprudência exposta nos n.ºs 116 e 117 das presentes conclusões, este elemento não pode, por si só, justificar a existência de um estabelecimento da Amazon EU na Áustria quando não estejam presentes outros fatores suscetíveis de determinar que esta sociedade aí dispõe de uma «instalação estável».

121. Por último, não excluo que, conforme alegado pela VKI, um eventual serviço pós-venda, como um serviço de reclamações, destinado aos clientes residentes na Áustria, possa constituir um estabelecimento na Áustria. Todavia, tal constatação não pode justificar por si só a aplicabilidade da DSG.

79 — Acórdão de 1 de outubro de 2015 (C-230/14, EU:C:2015:639, n.ºs 28 e 31).

80 — Acórdão de 1 de outubro de 2015, *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:639, n.º 29).

81 — Acórdão de 1 de outubro de 2015, *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:639, n.ºs 32 e 33).

122. Com efeito, ainda que se admita a existência de tal serviço e a sua qualificação como estabelecimento, é ainda necessário demonstrar que o tratamento de dados referido nas cláusulas controvertidas se destina a inscrever-se no âmbito das atividades deste serviço, na aceção da segunda condição enunciada no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46.

123. O Tribunal de Justiça teve oportunidade de verificar o respeito dessa condição no acórdão *Google Spain e Google*⁸². Adotou aí uma interpretação ampla ao considerar, em substância, que a mesma está preenchida quando as atividades do operador de um motor de busca estabelecido nos Estados Unidos (para cujas necessidades era operado o tratamento de dados em causa) e as atividades de promoção e de fornecimento de espaços publicitários do seu estabelecimento em Espanha estavam «indissociavelmente ligados»⁸³.

124. No entanto, duvido que esta abordagem seja transponível para o presente processo. Para além de outras diferenças factuais, o processo que deu origem a esse acórdão distingue-se do presente caso na medida em que se tratava, nesse processo, de avaliar se o tratamento de dados em questão estava ou não abrangido pelo âmbito de proteção instituído pela Diretiva 95/46 (através do direito espanhol que a transpôs). Em minha opinião, foi nesta ótica que o Tribunal de Justiça interpretou de forma extensiva a segunda condição enunciada no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), desta diretiva, para evitar que esse tratamento fosse subtraído às obrigações e às garantias previstas nesta diretiva⁸⁴.

125. Em contrapartida, no caso em apreço, há que determinar qual, de entre diversos direitos nacionais de transposição desta diretiva, se destina a regular as operações de tratamento de dados referidas nas cláusulas controvertidas. Tal exercício implica que se identifique o estabelecimento em cujo âmbito se inscrevem mais diretamente essas operações. Ora, parece-me, à primeira vista, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que as operações previstas nas cláusulas 6.ª, 9.ª e 11.ª das condições gerais da Amazon EU não estão diretamente ligadas às atividades de um eventual serviço de pós-venda desta na Áustria.

4. Quanto à eventual aplicabilidade dos direitos luxemburguês ou alemão

126. No pressuposto de o órgão jurisdicional de reenvio vir a considerar que a Amazon EU não dispõe de um estabelecimento na Áustria ou que, em todo o caso, as operações de tratamento previstas nestas cláusulas não se podem inscrever no âmbito das atividades desse estabelecimento, haverá ainda que examinar, à luz das duas condições enunciadas no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46, se as referidas operações estão sujeitas ao direito de outro Estado-Membro e, sendo caso disso, identificá-lo.

127. A este respeito, nem o órgão jurisdicional de reenvio nem os intervenientes duvidam que a Amazon EU dispõe de um estabelecimento no Luxemburgo. Todavia, é possível perguntar se as operações de tratamento previstas nas referidas cláusulas não estão antes relacionadas com as atividades de um eventual estabelecimento desta sociedade na Alemanha. Com efeito, é por intermédio do sítio Internet em nome do domínio alemão *www.amazon.de* que esta sociedade estabelece relações com os consumidores austríacos. A cláusula 6.ª das condições gerais da Amazon EU refere aliás que «a Amazon.de» verifica, avalia e altera — isto é, trata — os dados pessoais dos clientes⁸⁵. Atendendo a estes indícios, é possível equacionar a aplicabilidade do direito alemão. No entanto, a decisão de reenvio não fornece outros elementos de facto relativos às atividades da Amazon EU na Alemanha.

82 — Acórdão de 13 de maio de 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317). No acórdão de 1 de outubro de 2015, *Weltimmo* (C-230/14, EU:C:2015:639, n.º 38), foi unicamente a questão da existência de um estabelecimento na Hungria que foi submetida à análise do Tribunal de Justiça, uma vez que não foi contestado o facto de que o tratamento em causa tinha tido lugar no âmbito das atividades a que a sociedade se dedicava na Hungria.

83 — Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain e Google* (C-131/12, EU:C:2014:317, n.º 56).

84 — Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain e Google* (C-131/12, EU:C:2014:317, n.ºs 54 e 58).

85 — V. artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46.

128. Nestas condições, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, também à luz da jurisprudência exposta no n.ºs 116 e 117 das presentes conclusões, se a Amazon EU dispõe de um estabelecimento na Alemanha na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46. Em caso de resposta afirmativa, esse órgão jurisdicional deverá examinar se as operações de tratamento previstas nas cláusulas em questão se destinam a ser realizadas no âmbito das atividades desse estabelecimento ou do estabelecimento da Amazon EU no Luxemburgo.

V – Conclusões

129. Atendendo a tudo o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

- 1) O direito aplicável ao exame do carácter abusivo de cláusulas inseridas por um profissional em condições gerais de venda destinadas a consumidores residentes noutro Estado-Membro deve ser determinado ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), quando esse exame tenha lugar no âmbito de uma ação inibitória que vise proibir a utilização dessas cláusulas, intentada ao abrigo de uma lei nacional que transpôs a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.
- 2) O artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento n.º 864/2007 não rege a determinação do direito aplicável ao exame do carácter abusivo das cláusulas inseridas por um profissional em condições gerais de venda destinadas a consumidores residentes noutro Estado-Membro quando esse exame seja efetuado no âmbito de uma ação inibitória que visa fazer proibir a utilização dessas cláusulas, intentada ao abrigo de uma lei nacional que transpôs a Diretiva 2009/22/CE.
- 3) O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula das condições gerais de venda de um profissional, que não tenha sido objeto de negociação individual, nos termos da qual a lei do Estado-Membro da sede desse profissional rege o contrato celebrado no âmbito do comércio eletrónico com um consumidor, é abusiva quando induza esse consumidor em erro ao dar-lhe a impressão de que só a lei desse Estado-Membro se aplica ao contrato, sem o informar do facto de que dispõe também, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), do direito de invocar a proteção que lhe asseguram as disposições imperativas do direito que lhe seria aplicável se essa cláusula não existisse, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar à luz de todas as circunstâncias pertinentes.
- 4) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que uma operação de tratamento de dados pessoais só pode estar submetida ao direito de um único Estado-Membro. Esse Estado-Membro é aquele em que o responsável por esse tratamento dispõe de um estabelecimento, no sentido de que aí desenvolve uma atividade real e efetiva através de uma instalação estável, no âmbito de atividades em que tem lugar a operação em causa. Cabe ao órgão jurisdicional nacional proceder a essa apreciação.