

COORDENAÇÃO:

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO

NOVA

ANO 2 - 2020

**CONSUMER
LAB**

*YEARBOOK OF THE
NOVA CONSUMER LAB*

ANUÁRIO DO

NOVA

ANO 2 - 2020

**CONSUMER
LAB**

*YEARBOOK OF THE
NOVA CONSUMER LAB*

COORDENAÇÃO:

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO
NOVA **ANO 2 - 2020**
CONSUMER
LAB

*YEARBOOK OF THE
NOVA CONSUMER LAB*

ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB
YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB

Ano 2 – 2020

COORDENAÇÃO

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO

Maria Miguel Oliveira da Silva

SUPORTE: ELETRÓNICO

Dezembro, 2020

ISSN 2184-7185

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID/DIR/00714/2013.

Nota de abertura

No desafiante ano de 2020 não se aguardava uma ampla produção doutrinária por parte de juristas investigadores. Mudanças que se impuseram e tempos difíceis que exigiram respostas céleres não anunciavam espaço suficiente para a criação intelectual. Não obstante, as adversidades revelaram-se muito mais inspiradoras do que limitadoras e arriscamo-nos a avançar com a asseveração de que este foi um dos melhores anos de sempre no desenvolvimento do NOVA Consumer Lab.

Em 2020, a nossa equipa cresceu e conta já com 26 investigadores.

Em 2020, organizámos a I Jornada do NOVA Consumer Lab¹, que visou a divulgação dos temas a que cada um dos juristas integrantes da nossa equipa dedica a sua atividade de investigação. A sessão contou com mais de 200 participantes.

Em 2020, lançámos o NOVA Consumer Podcast², um programa de conversas informais sobre direito do consumo, tendo sido produzido um total de 15 episódios referentes à primeira temporada.

Em 2020, criámos o NOVA Consumer Blog, com ampla participação de investigadores internos e externos, onde permanentemente são publicadas entradas referentes a temas da atualidade sobre direito do consumo.

Em 2020, iniciámos as NOVA Consumer Talks, cujo objetivo perpassa pela promoção, na primeira quarta-feira de cada mês, de pequenos debates entre um investigador do Lab e outros investigadores externos de renomadas universidades que se encontrem a investigar sobre o mesmo tema por esse mundo fora.

¹ Disponível no nosso canal do YouTube.

² Disponível nas seguintes plataformas: YouTube, Spotify, Anchor e Google Podcasts.

Em 2020, foi publicada pela Almedina a obra *Casos Práticos Resolvidos de Direito do Consumo II*, que conta com a colaboração de 52 autores direta ou indiretamente ligados ao NOVA Consumer Lab e à NOVA School of Law.

Em 2020, anunciámos a primeira grande conferência organizada pelo NOVA Consumer Lab, a Consumer Conference, que se realizará em abril de 2021 e que pretende ser um espaço de discussão nacional e internacional sobre os grandes e atuais temas de direito do consumo, particularmente em matéria de sustentabilidade.

Concluímos agora o nosso profícuo ano com a publicação deste anuário, subdividindo-o em duas partes: uma voltada para a produção em língua inglesa e outra direcionada para a produção em língua portuguesa, visando um estreitamento cada vez mais vincado com as comunidades nacional e internacional em matéria de direito do consumo.

Resta-nos desejar-vos excelentes leituras!

Lisboa, 22 de dezembro de 2020

MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

Índice

I – ARTICLES IN ENGLISH

REGULATION OF RIDE-HAILING COMPANIES IN GERMANY AND PORTUGAL <i>Shannon König</i>	11
REVIEWS AND ENDORSEMENTS IN ONLINE MARKETPLACES AND CONSUMER PROTECTION <i>Pedro Fonseca Barros Ferreira</i>	35
A “NEW DEAL FOR CONSUMERS”? THE EUROPEAN REGULATORY FRAMEWORK FOR ONLINE SEARCH QUERIES AND RANKINGS UNDER THE OMNIBUS DIRECTIVE (DIRECTIVE (EU) 2019/2161) <i>Gabriela Hiwatashi dos Santos</i>	65
BURDEN OF PROOF OF (LACK OF) CONFORMITY IN DIRECTIVE 2019/770: A COMPARISON WITH DIRECTIVE 2019/771 <i>Helena Gonçalves de Lima</i>	91

II – ARTIGOS EM PORTUGUÊS

O REGIME GERAL DA CONTRATAÇÃO DE CONSUMO <i>José Engrácia Antunes</i>	123
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS <i>Alyne Grazieli Calistro</i>	165

COVID-19 E O AVIÃO QUE NUNCA CHEGOU A DESCOLAR

Francisca Lopes

191

SENSIBILIDADE E BOM SENSO – COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO
DO TJUE NO CASO ORANGE (PROCESSO C-61/19), RELATIVO
AOS REQUISITOS DO CONSENTIMENTO PARA TRATAMENTO
DE DADOS PESSOAIS

Paula Ribeiro Alves

217

CONFORMIDADE DO BEM COM O CONTRATO NO REGIME
PORTUGUÊS DA VENDA DE BENS DE CONSUMO

Jorge Morais Carvalho

239

I

Articles in English

Regulation of Ride-Hailing Companies in Germany and Portugal

SHANNON KÖNIG

1. Introduction; 2. CJEU C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi, 20.12.2017; 3. Country report Germany; 3.1. Legal regime applicable; 3.2. Decision by LG Köln; 3.3. Decision by LG Frankfurt am Main; 4. Country Report Portugal; 4.1. Decision 7730/15.0T8LSB; 4.2. Legal regime applicable; 5. Comparison; 5.1. General observations; 5.2. Qualification of services; 5.3. Parties involved; 5.4. Requirements of the parties and licensing procedure; 5.4.1. TVDE service operator; 5.4.2. Electronic platform providers; 5.4.3. Drivers; 5.4.4. Users; 6. Conclusion.

1. Introduction

All over the world ride-hailing companies such as Uber, Lyft, Cabify, Bolt, Mytaxi, Didi and Kapten amongst many other competitors are omnipresent. But what exactly do they offer? Ride-hailing refers to the activity of asking for a car and driver to come and take a person somewhere immediately, or the service of offering such¹, the main advantage is seen in it being a faster, easier and cheaper alternative to travels by public transport and taxis. Ride-hailing companies offer peer-to-peer ridesharing services for the transport of people. They act as intermediaries and connect drivers with users and arrange the booking of the carriage via their websites or

¹ Definition of ride-hailing from the Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ride-hailing> (23.2.2020); *European Commission*, Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU – Final Report, 26.9.2016, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-final-report.pdf> (23.2.2020).

mobile applications. Uber, for example, offers services in over 700 cities worldwide².

Ever since their market introduction in Europe, there has been a lot of trouble with the already established taxi lobby and industry concerning the regulation of providing such services. In the year 2017, regulation of ride-hailing companies in Europe began to change with a landmark ruling of the European Court of Justice. In Germany, Uber started operating in 2014, the same year the company entered the market in Portugal. As of right now, Uber offers a service to connect professional drivers with website – or app – users to transport them to their desired destination, which is called UberX. In addition, a service called UberTaxi, where the company works together with licensed taxi companies and drivers, is offered in both aforementioned countries. UberBlack, a service whereby limousines and more luxurious rides are offered is prohibited in Germany following a court order³, however it is allowed in Portugal. Other services are either already prohibited or were never even introduced.

This paper will examine the current legal regime dealing with ride-hailing companies in Germany and Portugal. The two countries were chosen as their approach to dealing with the new and rising platform economy appears fundamentally different, yet both are highly influenced by the ruling of the CJEU. Germany applies the current legal regime as it is standing to a new way of offering services, whereas the Portuguese legislator identified a need for regulation and created a completely new legal regime in order to host the ride-hailing economy and to profit from it. First, the ECJ case and its reasoning will be thoroughly studied. Following this, country reports will be given, starting with Germany. After the portrayal of the legal situation in Germany and the presentation of two most recent court decisions, Portugal will be explored. Quite recently, in August 2018, a new law was introduced in Portugal, which applies to the whole country. In colloquial language, the law is often referred to as the “Uber Law”. Thereafter, the differences as well as similarities in the two countries will be presented in detail. Lastly, a brief concluding summary of the research findings will be given. The portrayal of the research, such

² Find Uber in cities around the world, <https://www.uber.com/global/en/cities/> (23.2.2020).

³ BGH, Urt. v. 13.12.2018 – I ZR 3/16 published in GRUR 2019, 298-306.

as the ECJ decision, the country reports, as well as the comparison of the current legal regulations will be done in a descriptive manner. Keeping the research question in mind, choosing this method answers the issue best, as it requires and calls for describing the state of affairs as it exists at present in the two countries being compared to one another⁴. Fact-finding and dealing with specific characteristics are the main manners.

2. CJEU C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi*, decision from 20.12.2017

On December 20, 2017, the Grand Chamber of the CJEU passed a landmark judgment concerning the topic of the nature of services the company Uber Systems Spain, a company related to Uber Technologies Inc., offers.

In October 2014, *Élite Taxi*, a professional organisation representing taxi drivers in Barcelona, brought an action on the infringement of national law on taxi services, carrying out misleading practices and acts of unfair competition against Uber Systems Spain before the Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Barcelona⁵. The Spanish Commercial Court deemed it necessary to determine whether the services provided by the company are to be considered transport services or information services⁶. The Court requested a preliminary ruling in order to determine whether infringements on national law occurred. The exact distinction between the services is vital as the application of different regulatory regimes depends on it as a consequence⁷. In case the service in question can be categorized as an information society service primary and secondary EU law would apply, such as the guarantees of the freedom of services deriving from Art. 56

⁴ Khushal Vibhute/Filipos Aynalem, *Legal Research Methods*, 2009, p. 16, <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf> (24.2.2020).

⁵ CJEU C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi*, decision from Dec. 20, 2017, para. 13.

⁶ *Ibid* para. 15.

⁷ *Benjamin Linke / Corina Jürschik*, *Analog trifft digital – Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)*, 2018, 496-506, 497.

TFEU, as well as Directive 2006/123/EC, Directive 98/34/EC and Directive 2000/31/EC.

In the case in question, this would mean that Uber could benefit from the freedom of services, hence would not need prior authorisation to do business in Member States and could rely on further protection under EU law. However, if the services qualify as services in the field of transport within the meaning of Art. 58 (1) TFEU, more stringent regulations of the individual Member States apply and the services are expressly excluded from the scope of Art. 56 TFEU, Directive 2006/123/EC and Directive 2000/31. The local Spanish law on taxi services demands urban taxi services to request a prior grant of a license which then entitles the holder to carry out that activity⁸. In the present case, neither Uber nor the drivers possessed such license beforehand. Further, the services would not be covered by the various aforementioned European Directives. In the proceedings, Uber claimed that its smartphone app constituted a technical platform and should therefore be regulated as an information society service, thus being subject to EU law⁹.

First, the Court clarified the exact services Uber provides. It noted that Uber is an intermediation service with the purpose of connecting by means of a smartphone application and for remuneration, non-professional drivers using their own vehicle with persons who wish to make urban journeys, as well as enabling and booking such transfer¹⁰.

At this point in time, neither the driver nor Uber were holding any administrative license or authorisation. The Court then laid out the difference between a mere intermediary act, which consists in the connection of driver and person wishing to make an urban journey, and the actual transport service itself, being the physical act of moving persons or goods from one

⁸ *Marcos Álvarez Suso*, Comments on CJEU Case Law on Taxable Transactions 2017: the anti-abuse doctrine (Cussens) and the sharing economy (UBER), in: Michael Lang / Pasquale Pistone / Alexander Rust / Josef Schuch / Claus Staringer / Patrice Pillet (Eds), CJEU – Recent Developments in Value Added Tax 2017, Series on International Tax Law, Vienna 2018: Linde Verlag, 233-250, 243; CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 12.

⁹ *Ilda Durri*, Introductory Note to Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (C.J.E.U.), International Legal Materials, 2019, 837-848, 837; *Rupprecht Podszun*, UBER – A Pan-European Regulatory Challenge, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), 2015, 59-60, 59.

¹⁰ CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 33.

place to another by means of a vehicle¹¹. Generally the act of enabling a transfer via an application and therefore connecting driver and client is in accordance with the criteria in order to classify within the meaning of an information society service. The definition is stipulated in Art. 1(2) Directive 98/34 as “a service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services”.

Notwithstanding this conclusion, in the case in question, it was found that Uber offers more than just a mere intermediation service, because the company offers both the intermediary service via an application and the urban transport service itself. The application is a software tool, whose main goal it is to organise the general operation for the benefit of the person wishing to make an urban journey¹². The intermediation service provided by Uber is based on both selecting drivers and the use of the company’s smartphone application. This application is used by the drivers and users, without it the drivers could not provide the transport services and the persons who wish to make the urban journey could not use the services at all. Further, the Court noted, Uber exercises crucial influence over the conditions under which the drivers provide the service, such as determining a maximum fare, receiving the amount from the client before paying the driver a fraction of it, controlling the quality of the vehicles, the drivers and their conduct – which can ultimately lead to exclusion¹³. Therefore, the intermediary service “forms an integral part of an overall service whose main component is a transport service”¹⁴. It falls under the meaning of Art. 2(2)(d) Directive 2006/123.

In consequence, Uber can rely on the scope of neither Directive 2006/123/EC, Directive 2000/31/EC, nor the freedom of services under Art. 56 TFEU, however the services fall under Art. 58(1) TFEU. For the referring Spanish Commercial Court the findings of the Grand Chamber of the CJEU meant, that the assessment of whether infringements of law occurred, had to be considered under local Spanish law. Up until now, it

¹¹ CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 34.

¹² CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 38.

¹³ *Philipp Hacker*, UberPop, UberBlack, and the Regulation of Digital Platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi Judgment of the CJEU, *European Review of Contract Law* (ERCL), 2018, 80–96, 83; CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 39.

¹⁴ CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 40.

is still up to the Member States to regulate the conditions under which intermediation services operate, as the European legislator has not acted so far¹⁵. For the future of the company Uber the case was of great importance. Following the judgment, Uber faced stricter legal regulation and ever since needs to comply with the national rules of each Member State, as the Member States themselves remain responsible for the authorisation and regulation of transport services in their territory.

In the judgment of Case C-320/16, *Uber France SAS v Nabil Bensalem*, which was rendered by the Grand Chamber of the CJEU as well, the Court upheld its approach and confirmed the conclusion of qualifying the services Uber offers as services in the field of transport¹⁶.

3. Country report Germany

In Germany, Uber and other ride-hailing companies are under severe pressure. As mentioned before, Uber is operating in Germany ever since 2014. Just weeks after the market introduction, the first lawsuits were filed due to allegations on unfair competition¹⁷.

3.1. *Legal regime applicable*

In Germany, the exercise of taxi and private hire car professions are highly regulated¹⁸. The legal regime applicable is the Carriage of Passengers Act (PBefG), alongside the German Ordinance on Operation of Motor Transport Business in Passenger Transport (BOKraft). Latter lays down the technical requirements necessary for licensed vehicles to be used in the transport of passengers, it also governs organisational obligations the taxi operators need to comply with. The German Ordinance for Entering

¹⁵ CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 47.

¹⁶ CJEU C-320/16, *Uber France SAS v Nabil Bensalem*, decision from Apr. 10, 2018.

¹⁷ *Lucas Wüsthof*, *UBER in Germany*, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2015, 60-62, 60.

¹⁸ *European Commission*, *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, ANNEX III – Country Reports, 26.9.2016, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-country-reports.pdf> (23.2.2020), 326.

Professions for Passenger Transport on Roads (PBZugV) regulates the personal admission requirements, which entrepreneurs have to fulfill if they want to establish a business in passenger transport. The criteria relate to professional suitability, personal reliability and financial capacity. Lastly, the Driver License Ordinance (FeV) creates a legal foundation for obtaining a driver's license for passenger transport.

Concerning the ride-hailing economy, in case the ride-hailing service provider enters into the contract for the transport of passengers itself, apart from merely mediating or facilitating, and has an influence on the transportation price, the provider is regarded to run a passenger transport business and hence has to obtain a license following the PBefG, various court decisions involving platform operators repeated this¹⁹. However, if a ride-hailing intermediary only matches the offers of the driver with the passengers, without running a ride-hailing business themselves and without being part of the passenger transport contract, neither the PBefG nor the BOKraft apply. Some general provisions concerning online platform services, which also include ride-hailing intermediaries, can be found in the Telemedia Act, which implements Directive 2007/65/EC.

In order to apply the Carriage of Passengers Act, Uber's services need to fall within the scope of application. The material scope is governed by § 1 I PBefG, which stipulates that the law applies to the carriage of persons by motor vehicles for remuneration or for business-like purposes. The transport services provided by the drivers are rendered in return for payment, so they fulfill the criterion of remuneration. Next, the question is whether the services offered are for business-like purposes. For this criterion to be fulfilled the intention to repeat the activity in the same way and to make it a permanent or at least recurrent part of the employment, is sufficient²⁰. For the services Uber offers, this requirement can be assumed,

¹⁹ OLG Celle, Urt. v. 30.7.2015 – Az. 13 U 57/15 – published in GRUR-Prax 2015, 444; LG Hamburg, Urt. v. 15.9.2015 – Az. 312 O 225/15 – published in GRUR-RS 2015, 15825; OVG Hamburg, Urt. v. 24.9.2014 – Az. 3 Bs 175/14 – published in MMR 2015, 115; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.4.2015 – Az. OVG 1 S 96.14 – published in BeckRS 2015, 44779.

²⁰ Benjamin Linke, Gewerbefrei oder "Uber"-reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf den Prüfstand, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2015, 476-480, 476; BGH, Urt. v. 14.5.1981 – Az. VI ZR 233/79 – published in NJW 1981, 1842; Markus Ludwigs, Rechtsfragen der Sharing Economy am Beispiel der Modelle Uber und Airbnb, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2017, 1646-1653, 1647.

as this is the main point of the business model. Since the material scope of application is complied with, the rules of the Carriage of Passengers Act are the legal framework applicable.

§ 2 I PBefG distinguishes between different types of transport, all of which are subject to obtaining a concession license. As a *numerus clausus* exists, this list is exhaustive and any other type of transport not mentioned is prohibited²¹. As aforementioned, Uber offers an intermediation service with the purpose to connect drivers with persons who wish to make urban journeys²². Therefore the services could only qualify under § 2 I No. 4 read in conjunction with § 9 I No. 4, § 46 II No. 3 and § 49 IV PBefG, as being a form of occasional carriage of passengers with rental cars. The question that follows is, who is bound by the duty to obtain a concession license – the driver or the company Uber²³? § 2 I 1 PBefG stipulates that whoever transports the passengers in a way according to § 1 I PBefG must be in possession of such license. At first glance, it seems that this would therefore obligate the driver. However, the actual performance of the transport is not decisive in order to impose the authorisation requirement. Rather, the entrepreneurial responsibility for the transport is the decisive factor, thus § 3 II PBefG applies²⁴. Therefore, an assessment based on the overall circumstances must be done and the external relationship, as well as perception of the passenger, needs to be taken into consideration. On the one hand, Uber provides the application that makes the transport possible. The company decides who is allowed to the application and reserves the right to exclude persons from usage thereof, the system of the app is in charge of the organisation and use of the driver. Uber also determines the

²¹ *Rödl & Partner GbR PMC*, Argumentationspapier PBefG-Novelle, 2019, 15.

²² CJEU C-434/15, *Élite Taxi*, para. 33.

²³ Obtaining two licenses has to be declined, as only one type of traffic is concerned. *Benjamin Linke*, Gewerbefrei oder “Uber”-reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf den Prüfstand, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2015, 476-480, 479.

²⁴ *Joachim Lampe* in Georg, Erbs / Max, Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze – Personenbeförderungsgesetz, München Stand November 2019, §2 I, Rn. 2; *Norbert Wimmer / Mari Weiß*, Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung – Die verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis zu den Uber-Angeboten, *Multimedia und Recht (MMR)*, 2015, 80-85, 81; *Christian Solmecke / Bonny Lengersdorf*, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy, Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, *Multimedia und Recht (MMR)*, 2015, 493-497, 496.

price of each transport. The company charges the passenger, who then pays Uber – not the driver. The carrier receives a payment from Uber for each transport, being only a fraction from the invoice. Uber also advertises the service to the customers. On the other hand, Uber lays down expressly in its terms of use, that the company is not the carrier. However, this fact does not eliminate the overall impression passengers get, but more importantly not the impression that results from the online web appearance²⁵. In various judgments, Uber, as the platform operator, was therefore found to be offering the transport services against payment and for business-like purposes and qualified as an entrepreneur²⁶. As a result, Uber has to obtain a permit for the activity according to the §§ 2 I, 3, 9 I No. 4 PBefG, the procedure and the requirements are laid down in §§ 12, 13 ff PBefG.

In two recent cases, the German Courts ruled on the admissibility of the services of the platform Uber in German cities.

3.2. Decision by LG Köln

In October 2019, a judge at the regional court of Cologne decided a case in which a regional taxi company from Cologne, which is a member of the organisation Taxi-Ruf, took legal action against Uber²⁷. Due to the urgency of the matter, there were no oral proceedings and solely the presiding judge, instead of the trial court, ruled²⁸. In the decision, it was found that Uber

²⁵ Benjamin Linke, Gewerbefrei oder “Uber”-reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf den Prüfstand, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2015, 476-480, 478.

²⁶ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 9.6.2016 – Az. 6 U 73/15 – published in GRUR-RR 2017,17; OVG Hamburg, Urt. v. 24.9.2014 – Az. 3 Bs 175/14 – published in MMR 2015, 115; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.4.2015 – Az. OVG 1 S 96.14 – published in BeckRS 2015, 44779; Benjamin Linke / Corina Jürschik, Analog trifft digital – Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), 2018, 496-506, 498.

²⁷ LG Köln, Urt. v. 25.10.2019 – Az. 81 O 74/19 – published on https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2019/81_O_74_19_Beschluss_20191025.html.

²⁸ Markus Sehl, Verbot der UberX-App wirkt nicht, Legal Tribune Online, 15.11.2019, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/uber-app-lg-koeln-81o7419-taxi-konkurrenz-gerichtsvollzieher-zustellung-ausland/> (23.2.2020).

violates the PBefG. The judge further held that the application for car rentals may no longer be used in Germany and prohibited the use thereof by means of a preliminary injunction²⁹. The main point in question in the proceeding was how Uber drivers receive their orders³⁰. According to § 47 IV 2 PBefG, rental car drivers, in contrast to taxis, may only carry out transport orders which are received at the company's headquarters or in the home of the entrepreneur. The company Uber does require its partners using the application, to comply in accordance with these regulations. The court nonetheless found, as the taxi organisation was able to prove, that the drivers can accept transport orders autonomously, independent of instructions from the place of business, thus violating the PBefG³¹. Under German law, preliminary injunctions only come into effect upon delivery and the prohibition of the application would only apply from thereon. As Uber's European headquarters are based in Amsterdam, regulation No. 1393/2007, which regulates the delivery of judicial documents to other European countries, applies. According to Art. 8 of said regulation, the acceptance of a document may be refused if the document is not in a language the addressee understands or in the official language of the receiving state. So far, there has been one attempt to deliver the preliminary injunction, however, the documents were only in German, so the acceptance was lawfully denied and the preliminary injunction up to this date is still not effective³².

3.3. Decision by LG Frankfurt am Main

In the latest decision from December 19, 2019, the regional court of Frankfurt am Main has banned the transport service provider Uber

²⁹ LG Köln, Urt. v. 25.10.2019 – Az. 81 O 74/19 – published on https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2019/81_O_74_19_Beschluss_20191025.html.

³⁰ *Redaktion MMR-Aktuell*, LG Köln: Betrieb von Uber X in Deutschland untersagt, MMR-Aktuell, 2019, 421961.

³¹ LG Köln, Urt. v. 25.10.2019 – Az. 81 O 74/19 – published on https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2019/81_O_74_19_Beschluss_20191025.html.

³² *Markus Sehl*, Verbot der UberX-App wirkt nicht, Legal Tribune Online, 15.11.2019, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/uber-app-lg-koeln-81o7419-taxi-konkurrenz-gerichtsvollzieher-zustellung-ausland/> (23.2.2020).

from sending transport orders to car rental companies with its current application³³. An association of taxi companies from different German cities filed legal action. The Court found that the intermediary services offered by Uber to car rental companies by means of the application portray various competition law infringements³⁴. The Court held, in taking into account the overall circumstances, that from the passenger's point of view, Uber provides the transport service itself³⁵. For example, having a look at the way Uber advertises to customers, Uber acts as the provider of the transport services themselves. Further, Uber selects the specific driver and determines the price for each transport service. As a consequence, the court concluded that Uber qualifies as an entrepreneur under § 2 I No. 4, 3, PBefG. An entrepreneur, however, is obligated to obtain a car rental concession for the transmission of journeys to car hire drivers, § 2 I No. 4 PBefG³⁶.

The regional court in Frankfurt, similar to the court in Cologne, criticised the procedure of how the drivers receive their orders. The association of taxi companies proved in two test rides that the drivers of the rental cars accepted orders via the Uber app before even answering the transport orders on the entrepreneur smartphone³⁷. Uber urges the rental car companies to comply with the legal requirements, however; the court found Uber did not control the rental car company enough in that regard.

³³ LG Frankfurt am Main, Urt. v. 19.12.2019 – Az. 3-08 O 44/19.

³⁴ *Pressestelle*: LG Frankfurt a. M., Landgericht Frankfurt a. M. untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, 19.12.2019, <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/landgericht-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-f%C3%BCr-mietwagen-durch> (23.2.2020).

³⁵ *Beck-aktuell Nachrichten*, LG Frankfurt am Main untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 19.12.2019, <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/lg-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-fuer-mietwagen-durch-uber-app> (23.2.2020).

³⁶ *Pressestelle*: LG Frankfurt a. M., Landgericht Frankfurt a. M. untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, 19.12.2019, <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/landgericht-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-f%C3%BCr-mietwagen-durch> (23.2.2020).

³⁷ *Beck-aktuell Nachrichten*, LG Frankfurt am Main untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 19.12.2019, <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/lg-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-fuer-mietwagen-durch-uber-app> (23.2.2020).

Lastly, it was found that the obligation to return is being violated. Unlike taxi drivers, a rental car driver must return to the place of business after finishing the mediated transport service, unless a new transport order was received in the meantime, § 49 IV 3 PBefG³⁸. The suing association of taxi companies was able to prove that a driver had waited a long time close to the airport in Frankfurt before the transport order was placed via the Uber app³⁹. The prohibition of the intermediation service offered by Uber has immediate effect, however the ruling is not yet final and legally binding, as an appeal to the Higher Regional Court in Frankfurt am Main is possible.

4. Country Report Portugal

4.1. Decision 7730/15.0T8LSB

Like in Germany, the company Uber also faced enormous opposition from local taxi drivers and associations in Portugal⁴⁰. In 2015, the central instance of the District Court of Lisbon ordered an injunction against Uber and a cessation of the company's activities⁴¹. ANTRAL, the national association of road transport in light automobiles, also known as taxis, initiated precautionary procedures demanding the prohibition of the transport service, the closure of Uber's website as well as the prohibition of any application or other technological/computer system to provide the passenger transport service and use of credit cards and internet payment

³⁸ The obligation to return exists in order to protect the existence and functionality of the taxi traffic. BVerfG, Urt. v. 8.6.1960 – Az. 1 BvL 53/55 – published in NJW 1960 1515.

³⁹ *Pressestelle*: LG Frankfurt a. M., Landgericht Frankfurt a. M. untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, 19.12.2019, <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/landgericht-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-f%C3%BCr-mietwagen-durch> (23.2.2020); *Beck-aktuell Nachrichten*, LG Frankfurt am Main untersagt Fahrdienstvermittlung für Mietwagen durch Uber-App, Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 19.12.2019, <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/lg-frankfurt-am-main-untersagt-fahrdienstvermittlung-fuer-mietwagen-durch-uber-app> (23.2.2020).

⁴⁰ *Jorge Morais Carvalho*, UBER in Portugal, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 2015, 63-65.

⁴¹ Processo 7730/15.0T8LSB.

systems to pay for the services, in order to prevent Uber from operating in Portugal⁴².

On April 24, 2015, the court ordered those measures. Uber filed an opposition arguing it does not provide transport, but merely offers intermediation services⁴³. It further criticised that Uber Technologies Inc. does not operate in Portugal, as it is Uber B.V. that does.

In the decision of June 25, 2015, the court nonetheless ruled maintaining the measures, and therefore dismissed the opposition of the defendant Uber. The court strongly disagreed with Uber's statements, arguing that there is no listing of the various transport service providers from which the consumer could freely choose the provider of the transport service, neither does the user know who the driver is, which might even be irrelevant, as one hires "an Uber"⁴⁴. The user also does not contract with the driver, the user does not choose the driver, the application and system does, the two parties do not negotiate the price, and the user does not pay the driver but Uber⁴⁵. As a result, the court concluded, it is impossible to argue that the services Uber offers are of mere intermediary nature.

The court further noted that neither the transport companies nor Uber were authorised to carry passengers. Concluding, Uber's activity was considered to be illegal and was suspended with immediate effect⁴⁶. The Lisbon Court of Appeal then confirmed this decision in 2017 and again deemed Uber's activity to be illegal⁴⁷. Following this, ANTRAL asked Uber for a compensation of 25.000.000€, occurring from debt and damages caused by Uber's activity.

⁴² *Joana Campos Carvalho*, Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal, *Revista de Concorrência e Regulação*, 2016, 221-238, 223; *Jorge Morais Carvalho*, Developments on Uber in Portugal, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2015, 157-158, 157.

⁴³ Processo 7730/15.0T8LSB.

⁴⁴ *Joana Campos Carvalho*, Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal, *Revista de Concorrência e Regulação*, 2016, 221-238, 224.

⁴⁵ Processo 7730/15.0T8LSB.

⁴⁶ Processo 7730/15.0T8LSB.

⁴⁷ Processo 7730-15.0T8LSB.L1-8.

4.2. Legal regime applicable

Decree-Law 251/98 regulates public transport for rental in light passenger vehicles, better known as taxis. This law imposes many highly demanding requirements on the drivers and companies, such as a necessary license, a fixed pricing scheme and the installation and demands on the location of a taximeter⁴⁸.

On November 1, 2018, a specific legal framework, creating a legal regime for TVDE activity, that autonomizes it from the activity of taxi transports, Law 45/2018⁴⁹, was implemented. In some aspects the law appears to simply stipulate and copy the conduct and procedures of the electronic platform operators⁵⁰. In colloquial language, the law is often referred to as the “Uber Law”. TVDE stands for Transporte Individual e Remunerado de Passageiros em Veículos Descaracterizados a partir de Plataforma Eletrónica. Art. 1 of the law stipulates the scope, which expressly excludes carpooling and carsharing. The law is divided in five sections; the first defines the objective and scope of the law, while the second covers general provisions on how the service is exercised. Section 3 focuses on the electronic platforms, whereas the last two sections deal with dispute resolution and the supervision, monitoring and sanctioning regime.

In Portugal, four or five parties are involved in TVDE contracts. First, there are the drivers, who work for TVDE service providers. Then, there is the platform user and the passenger, those two may but do not have to coincide. An example makes the distinction quite clear – A orders a ride via the application for him/herself and several friends. There is only one

⁴⁸ *Jorge Morais Carvalho*, O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify), *Revista de Direito Comercial*, 2018, 1191-1224, 1191 f.; *International Transport Forum*, OECD Paper on the Regulation of For-Hire Passenger Transport – Portugal in *International Comparison*, 9.6.2016, <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/regulation-for-hire-passenger-portugal.pdf> (23.2.2020), 22.

⁴⁹ Law 45/2018, de 10 de agosto, retificada pela Declaração de Retificação n.º 25-A/2018, de 10 de agosto.

⁵⁰ *Jorge Morais Carvalho*, O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify), *Revista de Direito Comercial*, 2018, 1191-1224, 1192; *Araya Alicia Estancona Pérez*, La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa, *Estudios de Direito do Consumidor*, 2018, 53-94, 59.

user (A), but more than one passenger (A and the friends). The user is not the passenger either, when ordering a ride for a third party. Lastly, the electronic platform operator forms an essential party to the TVDE contracts.

Art. 2 III of Law 45/2018 lays out when a TVDE service begins and ends. It starts with the acceptance by the driver, working for a TVDE service operator, of a transport request by a user of an electronic platform. The carriage is over, once the user leaves the vehicle, after the transport to the selected destination occurred, or by any other cause which imply the cessation. The cars that can be used for services within TVDE activities may not be older than seven years and advertisement on the cars is not allowed. Ever since the law was introduced, trips are now subject to 5% taxation under Art. 29 Law 45/2018, in order to offset the administrative costs that emerge from the monitoring of activities⁵¹. Further, according to Art. 21 II Law 45/2018, Portuguese courts are competent in conflicts between users and partner companies or platforms.

5. Comparison

5.1. General observations

The most obvious difference between the two legal frameworks is of dogmatic nature. The perception of electronic platforms in law is quite different. In Germany, the legislator tries to fit the ride-hailing economy under various pre-existing legal regulations, making it quite complex and chaotic in some regards. It deliberately accepts that due to this, a whole economy is hindered from even establishing. The Portuguese legislator, more progressive in that regard, created a law specifically designed to cover ride-hailing companies, drivers, TVDE service providers and users at the same time, while also laying down rules on the transport services in a clear manner. It saw a need for regulation and, this way, opened a market sector beside the old fashioned taxi industry, which then led to a stimulation of the market, whilst at the same time still exercising regulatory control over

⁵¹ *André Campos Ferrão*, “Lei Uber” entra em vigor. O que muda?, *Diário de Notícias*, 2018.

the ride-hailing economy and influencing the fact that and how the two industries are able to coexist⁵².

5.2. *Qualification of services*

The German courts repeatedly dealt with the question on what services Uber offers and how they are to be qualified, the answer always followed the same stringent line: Uber offers services in the field of transport. This outcome was also confirmed in the *Élite Taxi* case in front of the ECJ.

The Portuguese courts further decided accordingly, the law however treats electronic platform providers differently. From the point of view of the law, the services offered are to be classified as mere intermediaries, as can be followed from the definition of their services in Art. 16 of law 45/2018.

However, in the end – from a contractual point of view – the qualification as an intermediary has little practical effect and significance⁵³, due to the fact that the law simultaneously establishes a joint liability in Art. 20 I. Therefore, a disclaimer of the platform, for breach of the transport contract, is prevented and the rights of the users of the electronic platforms are safeguarded⁵⁴.

5.3. *Parties involved*

In the transaction and transportation service, at least four parties are involved in Portugal – in comparison under German law, there are only three. Following the Portuguese Law of 2018, a TVDE service operator is involved as a middle man. Those companies work together closely with the ride-hailing platform operator and act as their partners. TVDE service operators hire the TVDE drivers, the drivers are forced to sign a written

⁵² Nonetheless it should be noted that the taxi industry is part of the public service infrastructure the state provides for its citizen. It completes the public transport via bus, train and other means.

⁵³ *Jorge Morais Carvalho*, O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify), *Revista de Direito Comercial*, 2018, 1191-1224, 1198.

⁵⁴ *Ibid.*

employment contract – in Germany the drivers work independently and there is no company involved in between in the contracts. The workers are self-employed and hence bare many risks, whereas Portuguese TVDE drivers are protected by the local labour law regulations.

5.4. Requirements of the parties and licensing procedure

5.4.1. TVDE service operator

A specialty of Portuguese Law is the existence of TVDE service operators, those companies must be established as legal persons in national territory under Portuguese law and act as partners of the electronic platform providers. Art. 3-1 of Law 45/2018 stipulates that the activity of TVDE service operators is subject to licensing by the Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT)⁵⁵. The application for such license can be done electronically by simply filling out a form, and giving information such as the company's name, address and tax identification number⁵⁶. The IMT then has 30 days, from the day of the submittal, to examine the form and to either approve or deny it. After this time period elapsed, the form is deemed to be automatically accepted and the license granted. The first time, the license is issued for a validity duration of ten years, thereafter it may be renewed for additional periods of five years each, provided that the requirement is still fulfilled⁵⁷. The necessary requirement derives from Art. 4 of Law 45/2018, in which the suitability of the TVDE service operator is discussed. The suitability is determined by assessing the criminal records of the holders of the administrative, management or management bodies. One is considered to be suitable, if three conditions are given. First, a person is not legally prohibited to exercise trade, neither does an injunction to trade for having been declared bankrupt or insolvent exist currently. Lastly, a final conviction of criminal offenses against rules of the system of social benefits, the conditions of health and safety at work, environmental

⁵⁵ *Autoridade da Concorrência*, Report on Competition and Regulation of Public Passenger Transport Services by Car Hire, December 2016, 8.

⁵⁶ Art. 3-4 Law 45/2018.

⁵⁷ Art. 3-8 Law 45/2018.

protection or professional responsibility must not exist. Once the license has been granted, the members of these organs are obliged to hand in their criminal records on an annual basis, Art. 4-4 Law 45/2018. The issuance of such license costs 200€, a renewal 30€⁵⁸.

5.4.2. Electronic platform providers

According to German jurisprudence, the electronic platform Uber qualified as an entrepreneur within the meaning of § 3 PBefG. If Uber only acted as an intermediary to the transport service, the company could not be classified as an entrepreneur, and thus would not be subject to licensing⁵⁹. An entrepreneur is whoever transports persons, the actual transport is not the decisive aspect necessary – it suffices to be perceived as the carrier by the passengers and to act accordingly⁶⁰. The entrepreneurial character does not require the power of disposition in a legal sense, such as ownership and being the employer⁶¹. The carrier can be organised as a legal or natural person. Following §§ 2 I and 3 PBefG the entrepreneur is subject to licensing.

In Germany, a general authorisation of passenger transport is not possible, the concession can only be granted for the legally available modes of transports that are laid down in § 2 I PBefG, as a *numerus clausus* exists. The procedure for the request of the license is stipulated in § 12 I No. 1, 4,

⁵⁸ Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P., Transporte Individual e Remunerado de Passageiros em Veículos Descaracterizados a partir de Plataforma Eletrónica – TVDE <http://www.imt-ip.pt/sites/IMTT/Portugues/TransportesRodoviaros/TVDE/Paginas/TVDE.aspx> (29.2.2020).

⁵⁹ *Benjamin Linke / Corina Jürschik*, Analog trifft digital – Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)*, 2018, 496-506, 498.

⁶⁰ *Joachim Lampe* in Georg, Erbs / Max, Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze – Personenbeförderungsgesetz*, München Stand November 2019, §2 I, Rn. 2; *Christian Heinze* in Christian Heinze / Michael Fehling / Lothar Fiedler, *Personenbeförderungsgesetz Kommentar*, 2. Edition 2014, §2 I, Rn. 9; BVerwG, Urt. v. 27.3.1992 – Az. 7 C 26/91 – published in *NVwZ* 1992, 1198; VG Berlin, Urt. v. 5. 5. 2000 – Az. 11 A 387.96 – published in *NZV* 2000, 519.

⁶¹ *Günter Fromm / Klaus-Albrecht Sellmann / Holger Zuck*, *Personenbeförderungsgesetz* Beck'sche Kompakt Kommentare, München 4. Edition 2013, §2, Rn. 2.

PBefG. The request needs to entail various different information such as the name and place of business, whether the entrepreneur already possessed a license in the past, how many seats the vehicles used have. A concession license can only be granted if the requirements of § 13 I PBefG are fulfilled. The business has to be of safe and efficient nature, there must not be any facts that indicate the unreliability of the entrepreneur, the entrepreneur and other persons appointed to manage the business must be professionally qualified and lastly, the registered place of business must be in Germany. Additional information can be requested (if needed) by the authorities. The professional qualification is determined by the §§ 3-7 PBZugV, which demand a written and oral examination through the local Chamber of Industry and Commerce or proof of having worked in an executive position in a domestic company for five years or in a rental car company for at least three years. A review of the qualification takes place every five years. In a consultation procedure, the local trade supervision, Chamber of Commerce and Industry, trade unions and transport associations will be heard, § 14 II PBefG. The request will be decided upon within three months, § 15 PBefG, and the entrepreneur will be informed in a written manner. According to § 16 IV PBefG the concession license can be granted for a maximum of five years.

Both in Germany and Portugal the obligation to obtain a license derives from the entrepreneurial nature. However, in Portugal there is no need to identify whether the electronic platform operator classifies as an entrepreneur, as Art. 16 to 20 Law 45/2018 are specifically drafted to apply to the platforms. Electronic platform operators also have to be established as legal entities, just like in Germany.

The process of deciding on an application for a license, has to be taken within a much shorter time of only 30 days, otherwise the license will be considered granted, which is not imaginable in Germany at all. The process of applying for a license is mainly electronic – the filled out standard form has to be submitted electronically. It requires to state similar information, as the German authorities demand, such as the company name and address of the headquarters, the tax identification number. Different, however, is that the information on the country of location of the platform has to be given as well. The Portuguese Law expressly states further duties the electronic platform operator needs to comply with in Art. 19: the user has to be informed about the terms and conditions the service falls under

in a clear, sufficient and transparent manner, as well as able to track the vehicle in real time. A transparent, clear and reliable mechanism for the assessment of the services and a complaint system and information on alternative dispute resolution have to be provided. An identification of the driver must be possible and information on the terms under which the electronic invoice is issued have to be given. The platform operators are also under the obligation to record the driver's working times and ensure that they comply with a limit of working a maximum of ten hours per day and the rules on rest time. In Portugal, the names of the administrators and management and their criminal records have to be handed in to the IMT, in order to determine their suitability under Art. 18 Law 45/2018. The assessment of suitability for the electronic platform follows the same obligations when being compared to the TVDE service operator. The licensing of the electronic platform operator costs 500€, a renewal 30€⁶².

5.4.3. Drivers

In Portugal, the drivers are subject to Art. 10 and 11 of Law 45/2018, as well as Ordinance 293/2018 of October 31, 2018. It is stipulated that they must be registered with an electronic platform in order to be allowed to drive TVDE vehicles. A TVDE driver providing services for the TVDE service operator must be a holder of a driving license in category B with a registration in group 2 for a minimum of three years, hold a certificate of fulfilling a road training course for drivers and be deemed suitable. The assessment of suitability follows the same criteria that apply to the electronic platform operator, and additionally the rules from Art. 11 of Law 45/2018. According to this, drivers cannot be considered suitable, if they were convicted by a final decision for having committed a crime against life, physical integrity or personal freedom, the freedom of sexual self-determination, dangerous driving, driving while being intoxicated or under the influence of drugs or other substances. If a person was

⁶² Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P., Transporte Individual e Remunerado de Passageiros em Veículos Descaracterizados a partir de Plataforma Eletrónica – TVDE <http://www.imt-ip.pt/sites/IMTT/Portugues/TransportesRodoviaros/TVDE/Paginas/TVDE.aspx> (29.2.2020).

rehabilitated however, the conviction does not affect the assessment of suitability, Art. 11-2 Law 45/2018.

A driver attestation for TVDE is issued by the IMT, giving the drivers a registration number. At this point, it should be mentioned again that the driver is employed by the TVDE service operator.

The previously mentioned road training course is valid for a period of five years and exists of components that relate to communication and interpersonal relations, normal legal driving, driving techniques, regulation of the activity they perform, emergency situations and first aid, according to Annex I of Ordinance 293/2018. Such course can be taken at driving schools or other legally qualified training entities and has a minimum duration of 50 hours. For a renewal, another course with a duration of eight hours has to be taken. The renewal course aims at updating the knowledge from the prior course. A TVDE driver certificate is valid for five years too and can be renewed for periods of five years each; the drivers have to have this certificate with them when performing the transport services. The license for the driver costs a fee of 30€. If a person already holds a taxi driver certificate, the person only has to apply for the TVDE driver certificate, submit an updated criminal record and pay the fee⁶³.

Drivers also face restrictions, when being compared to taxis. They cannot use bus lanes, nor are they allowed to pick up passengers on the streets without an appointment through the application, nor stop at taxi ranks. The IMT provides the drivers with TVDE labels that need to be visibly attached in the front windshield of the vehicle or in the back.

In Germany, in order to be allowed to transport people in a business-like manner, a “normal” driver’s license is necessary. Additionally, a driving license for the carriage of passengers has to be obtained⁶⁴. The legal framework applicable to the “Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung” is the FeV, the duty to obtain such license is stipulated in § 48 I FeV. The special requirements are laid down in § 48 IV FeV. In order to be issued

⁶³ Ibid.

⁶⁴ *Martin Will/Benedikt Quarch*, Der Personenbeförderungsschein gem. § FEV § 48 FeV für Mietwagenfahrer mit D/DI-Fahrerlaubnis und die Deregulierung des Personenbeförderungrechts – Effektive Grenze für digitale Vermittlungsdienste und unerwartete Redundanzen sowie Grundrechtsverletzungen infolge der 12. FeVÄndV, NVwZ, 2018, 1610- 1613, 1610.

such a license, the applicant has to be aware of her/his special responsibility. The applicant must be at least 21 years of age and in possession of an EU driving license in the category B for at least two years. Further, a certificate of good conduct issued by the Federal Central Criminal Register, as well as a current statement of the Register of Driver Fitness, ensuring the fitness for the carriage of passengers, must be submitted. The mental and physical aptitude, according to § 11 IX FeV as well as proper sight following § 12 VI FeV, must be proven by expert reports, which have to be issued by qualified doctors. Unlike the requirements for a taxi license, it is not necessary to possess knowledge of the local area for which the license is issued. The additional license is granted for a duration of up to five years, and can be extended for additional periods of five years each.

5.4.4. Users

The users must be registered on the electronic platform, in Portugal as well as in Germany. Ordering a transport service is only possible via the electronic platform; ride-hailing or using ranks for taxis is strictly prohibited.

6. Conclusion

As previously shown, the legal regimes applying to ride-hailing companies are somewhat different in the countries Portugal and Germany. However, many similarities can be identified, especially concerning the requirements for licensing. While they might be different in certain aspects, the general idea is the same. The qualification of the services companies like Uber offer follow the European legislator in Germany and Portugal – and are services in the field of transport. It remains to be seen what the further development of Uber in Germany looks like and what the situation would look like if Uber fulfilled all requirements the Courts held missing, such as obtaining a car rental concession and moreover ensuring that the carriers comply with the obligation to return and to only accept orders at their designated seat of business.

The Federal Minister of Transport and Digital Infrastructure wants to loosen the current legal regime and therefore pave the way for driving

service providers, such as Uber, to be able to offer their services legally in Germany by 2021 at the latest⁶⁵. Whether a new law or amendments in order to do so, hence allowing services like the ones Uber offers, will be implemented is still unclear. Following the debates on the legality of car-sharing, for example, a new law was implemented in September 2017 called the “Car-Sharing Gesetz”.

The Portuguese law on ride-hailing also has some flaws, such as classifying the services of electronic platforms working in the ride-hailing industry to be intermediaries. Over time, it might be necessary to adapt the Law 45/2018 in some regards in order to address those issues.

⁶⁵ Herr Minister, können Sie die Fahrverbote noch verhindern? Interview mit dem FOCUS am 17.11.2018, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/RedenUndInterviews/2018/Verkehr/scheuer-17112018.html> (29.2.2020); *AFP*, Verkehrsminister Scheuer will Fahrdienst Uber bis 2021 zulassen, 17.11.2018, <https://www.tagesspiegel.de/politik/verkehrsminister-scheuer-will-fahrdienst-uber-bis-2021-zulassen/23649350.html> (29.2.2020).

Reviews and Endorsements in Online Marketplaces and Consumer Protection

PEDRO FONSECA BARROS FERREIRA

1. Introduction. 2. Online Review Mechanisms. 2.1. What are reviews and endorsements in online marketplaces? 2.2. Lack of reviews. 2.3. Biased reviews. 2.4. Fake reviews. 3. Regulatory framework for review mechanisms. 3.1. The New Deal for Consumers and the Omnibus Directive. 3.2. Changes in the UCPD. 4. The standard for online reviews and endorsements. 4.1. Submission of reviews. 4.1.1. Anonymous reviews. 4.1.2. Reciprocal Reviewing. 4.1.3. Paid reviews. 4.2. Processing of Reviews. 4.3. Publication of Reviews. 4.4. Consolidating Reviews. 4.5. Right of Reply. 5. Consumer remedies. 6. Conclusion.

1. Introduction

Consumer online reviews have become an indispensable part of consumers' decision-making processes, as they benefit from sharing opinions and experiences about the quality and usability of goods and services¹. In the last 20 years, the E-Commerce world of online platforms, reviews and endorsements has become widely available and influential while millions of consumers produce and rely on ratings and reviews produced by other consumers to help them make more informed purchasing decisions. Businesses have realised the power they have over consumer purchasing behaviour and have developed their systems to collect and present online consumer ratings and reviews, which have also matured to be valuable advertising instruments without which many businesses could not operate².

¹ Hassan Masum, Mark Tovey, 'The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World' [2012] The Information Society Series The MIT Press 440.

² Hassan Masum, Mark Tovey, 'The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World' [2012] The Information Society Series The MIT Press 440.

From a civil legal perspective, online reviews can be seen as pre-contractual information since they effectively form the consumers' contractual intention³. However, online reviews are often unreliable and are not representative of all consumers' opinions: they can be biased or they can be faked to increase a business' reputation. These online review issues damage consumer protection by misleading them and limiting their trust in the market.

As part of the New Deal for Consumers, aimed to strengthen EU consumer protection in light of the digital era, a new Directive 2019/2161 of 27 November 2019 has been adopted by the European Parliament and the Council of Europe⁴. The Directive amends Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU, with a view to better enforcement and modernization of EU consumer protection rules. It contains modernized rules concerning digital market developments including obligations for online traders that protect costumers from fake reviews and endorsements.

This article explores the importance of online reviews for private law and lays down the applicable European consumer Directives that concern the actions of online traders and what they must do to protect the consumer's interests and rights. The article will also tackle questions regarding the recent role of online platforms as providers of consumer information, their responsibility in guaranteeing the reliability of their systems and how appropriate the New European Consumer Legislation is for the consumer's protection and the general online marketplaces.

2. Online Review Mechanisms

E-commerce is in constant change. Since Amazon opened its first online book store in 1995, online marketplaces are getting bigger, more sophisticated and more accessible to the consumer, being present in all sorts of devices and everyday objects. Online marketplaces are services

³ Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017) <https://ssrn.com/abstract=2918764>.

⁴ European Parliament (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [2019].

that use software, including websites or applications, which function as intermediaries between consumers and businesses and represent a meeting place for both parties⁵.

Consumers need the necessary confidence to buy a relatively unknown product or service, whether it is a new book or a guided tour through a city, and the way businesses achieve this goal in online marketplaces is through reputation systems.

These systems are operated by online review mechanisms, which can be described as the user ratings (typically on a 5-star scale) or the written feedbacks that concern the experience the consumer had with a specific product. Given the reliability of this source of information, because it comes directly from the consumer, this type of mechanism has been growing in importance and influence⁶. The aforementioned is especially true for online platforms like Airbnb or Uber, often referred to as part of the “collaborative economy”, also known as the “sharing economy” or “peer-to-peer economy”⁷, defined as any marketplace that resorts to the collaboration of individuals who commercialise goods and services. Considering that collaborative marketplaces require trust among strangers, almost all online platforms use some sort of reputational feedback system.⁸

The ratings and reviews are a way to present public information about the transactional behaviour of users. As a result, information asymmetries between all the market participants are decreased and, in turn, if businesses have positive or negative ratings and reviews, it will often be an indicator of how high or low sales are respectively⁹. Moreover, a good portion of the pre-contractual information duties are being replaced in online platforms by reviews. These mechanisms can raise legal issues as reviews are an expression of the preliminary phase of a sales or services contract, i.e., if a seller or a buyer wants to gather information about the counterparty,

⁵ Orly Lobel, ‘The Law of the Platform’, [2016] 16 *Minnesota Law Review* 212.

⁶ Verena Schoenmueller, Oded Netzer, Florian Stahl, ‘The Extreme Distribution of Online Reviews: Prevalence, Drivers and Implications’ [2019] 18(10) *Columbia Business School Research Paper*.

⁷ Christoph Busch, ‘Crowdsourcing Consumer: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy’ [2016].

⁸ *Ibidem*.

⁹ Madalena Narciso, ‘Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis’ [2017].

they will make use of reviews to evaluate their reliability or the quality of the product¹⁰.

Manipulated reviews and endorsements impose another legal issue that will influence consumers' contractual decisions and affect the parties involved in the transaction: if an online review or endorsement is not based on genuine user experience or shows elements of bias without proper disclosure it can mislead consumers into purchasing products or services that don't match the presented characteristics and, therefore, consumer trust in online platforms is diminished¹¹. Sellers are nonetheless damaged by fake reviews that often lower their revenues.

2.1. What are reviews and endorsements in online marketplaces?

Sharing opinions and experiences about the quality and functionality of products can be beneficial for both consumers and businesses. As previously said, ratings and reviews have become increasingly available, widespread and influential with the rise of the Internet and e-commerce, making them the most important advertising instrument without which many businesses could not succeed.

Online reviews refer to a consumer's opinion or experience of a product, service or business and they can be found on retailer websites and platforms, booking agencies, specialists' websites, and trusted trader schemes that help consumers select a trader¹². Ratings, on the other hand, are non-written recognitions of goods and services that are accomplished by the use of a scale (for example, stars from 1 to 5), and are usually given accompanied by a written review¹³.

Reviews are the most efficient way of getting consumers' attention as they reach millions of people at almost zero costs, spreading rapidly through the Internet. However, the review system has not completely fulfilled its

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Commission Staff Working Document, European Commission, 'Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices' [2016].

¹² Chrysanthos Dellarocas, 'Reputation Mechanisms' (*CiteSeerX*, June 2005) <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.138.6406&rep=rep1&type=pdf>.

¹³ *Ibidem*.

mission of limiting information asymmetries between the parties and to be a true measure of quality: as I will explain further, the review system is biased due to a lack of incentives and high “costs” of exposing negative aspects in online transaction experiences¹⁴. The result of this problem is that reviews in online marketplaces are regularly positively biased, which produces what some scholars refer to as “reputation inflation”¹⁵.

Reviews also differ from endorsements that are commonly created by people such as celebrities and social media influencers. Social media influencers can be fitness enthusiasts, gamers, beauty bloggers, fashion trendsetters, foodies and travel experts. Endorsements from these certain individuals will have a bigger impact in the consumers’ decision-making process than endorsements from other regular consumers, given the fact that they carry influence and may have expertise on the area that the product relates to¹⁶. This is an important instrument for brands to expand and increase their businesses and, according to Business Insider UK, the amount of money spent on influencer marketing is set to reach between \$5 billion and \$10 billion in 2022¹⁷. Brands aim to gain the consumer’s trust in their products; however, these reviews can be unreliable as well and can lead to even further information asymmetries¹⁸. Lack of reliability is the biggest limitation of online review mechanisms and, also, the main concern from a legal-contractual perspective. Unreliability, in this context, can be defined as a situation where a review does not reflect the qualities and flaws of a product acquired by the user¹⁹. It is possible to distinguish between three legally relevant types of unreliable or misleading reviews: (1) lack of reviews; (2) biased reviews; and (3) fake reviews.

¹⁴ Madalena Narciso, ‘The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law’ [2019] 27(3) *European Review of Private Law* Kluwer Law International 557.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Christine Riefa, Laura Clausen, ‘Towards Fairness in Digital Influencers’ Marketing Practices’ [2019] *EuCML Journal of European Consumer and Market Law* 64.

¹⁷ Dina Mayzlin, Yaniv Dover, Judith A. Chevalier, ‘Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation’ (SSRN, August 13, 2012) <https://ssrn.com/abstract=2128860>.

¹⁸ Christine Riefa, Laura Clausen, ‘Towards Fairness in Digital Influencers’ Marketing Practices’ [2019] *EuCML Journal of European Consumer and Market Law* 64.

¹⁹ Madalena Narciso, ‘Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis’ (SSRN, February 1, 2017).

2.2. Lack of reviews

The first category of unreliable reviews is precisely the lack of them. Lack of reviews is caused by users that do not post an online review of the product or service they acquired, describing their own experience with it. One can say that reviews are public goods since society benefits from them by using the information available online and allowing its citizens to make educated decisions for their advantage²⁰. Most people read online reviews before purchasing an item, yet, since they are voluntary, they will usually refrain from posting one themselves. For that reason, the chain of reviewing is broken and future consumers will not benefit from their reviews²¹.

The problem with this type of unreliability is that a lack of reviews will lead to a lack of information, inevitably contributing to the problem of information asymmetries and ultimately corrupting the current review system. Studies show that only 40% of both consumers and providers leave regular reviews, while the other 60% of people avoid reviewing because they have a fear of retaliation from the other party to the contract or they have a social desire to maintain a certain status quo²². Furthermore, the time it takes for a customer to review their bought products plays a significant role because they may not be willing to register themselves on a specific website, particularly if they have to draft a written comment instead of a simple 5-star scale. Connected to the consumers' tendency to steer away from reviews is the fact that they will usually only take the time to leave one either when they have positive feedback or when they have extreme feelings about the product. Consequently, there is a lack of average reviews making the review system "positively inflated"²³.

2.3. Biased reviews

The second category of unreliability concerns biased reviews. They occur when a consumer is affected by bias and writes a review that doesn't

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Maryam Saeedi Zeqian Shen Neel Sundaresan, 'The Value of Feedback: An Analysis of Reputation System' (semanticsscholar, February 2015).

²² OECD, 'Understanding online consumer ratings and reviews' [2019] 289 Digital Economy Papers, <https://doi.org/10.1787/eb018587-en>.

²³ *Ibidem*.

match his or her real opinion²⁴. This type of unreliability is the one that can cause the greatest amount of harm because it can be the most difficult to recognise and, therefore, the most difficult to stop. It is quite visible that biased reviews are a frequent obstacle to a solid online experience since it is extremely unlikely that such a high number of opinions are positive. Besides, a study showed that 20% of users who declared in private to have had a negative experience gave the highest possible score on a public platform²⁵.

Biased reviews can happen essentially because of two reasons. One is the fear of retaliation and reciprocity, which is oftentimes described as the fear felt by consumers that if they give a negative review about a product, the trader will write a negative review directed at the consumer as a form of revenge or retaliation²⁶. There is also the fear that the negative review will have consequences in the real world such as harassment done by the trader, legal action justified by the review or even threats. The consumer believes there is a chance he or she will suffer hostile actions because online marketplaces have access to his or her personal data. Lastly, fear of retaliation also includes the fear that leaving a negative but honest review will damage professional relationships²⁷.

This leads to the other reason why biased reviews happen so often and it is because of social desirability. This phenomenon happens when a consumer develops some sort of empathy with the trader and does not wish to damage the relationship; therefore, he or she will not post a negative review²⁸. Moreover, the consumers will have an incentive to write a positive review that doesn't match the real experience if they have hopes or desires to build future business relationships and they believe that a negative review will damage the trader's reputation and future profitability. For instance, the online service provider eBay realised the seriousness of bias

²⁴ Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017).

²⁵ Competition & Market Authority, *Online reviews and endorsements – Report on the CMA's call for information* (2015).

²⁶ Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Julia Y. Lee, 'Trust and Social Commerce' [2016] 77(137) (February 22, 2016). University of Pittsburgh Law Review Penn State Law Research Paper.

in its website in 2011 when it noticed that most sellers had over 99% of positive ratings²⁹.

2.4. Fake reviews

Finally, the third category of unreliability concerns fake reviews, which are reviews that are not based on a real consumer experience. The motives behind this type of reviews come from someone (usually the trader) who wants to promote a business or to harm another business's reputation. Fake reviews can also occur as a consequence of a threat or blackmailing. Plus, there are services online whose main practice is fake reviewing, posing themselves as an advertising company³⁰.

Even though both have harmful effects, negative reviews produce more damage than overly positive reviews, especially to small-scale businesses. Research carried in 2011 showed that approximately 20% of online reviews were fake³¹. According to a 2015 European Parliament research document entitled “The case of misleading or fake reviews”, misleading or fake reviews undermine the consumers' confidence in the integrity of online reviews and lead to consumer detriment³². This fake review problem concerns both individual consumers and online markets because the consumer's confidence in it can be lost and, thus, competition will be reduced.

A consumer group in the UK called “Which?” conducted an undercover investigation on the so-called “fake review factories”³³. These are groups (mainly on Facebook) where companies post details of their products seeking positive reviews and reimburse the reviewer for them. “Which?” found in

²⁹ Competition & Market Authority, *Online reviews and endorsements – Report on the CMA's call for information* (2015).

³⁰ Martina Nee, ‘Fake Online Reviews: Don't believe everything you read online’ (European Consumer Centre Ireland, February 2019) <https://www.eccireland.ie/fake-online-reviews/>.

³¹ *Ibidem*.

³² European Parliamentary Research Service, *Online Consumer Reviews: The case of misleading or fake reviews* (2015).

³³ Andreas Munzel, ‘Assisting Consumers in Detecting Fake Reviews: The Role of Identity Information Disclosure and Consensus’ [2016] 32 *Journal of Retailing and Consumer* Toulouse University.

a poll that 97% of the participants use online reviews when researching a product but 31% were disappointed after buying a product because of positive reviews. Online platforms have to make sure that the information in them is truthful and they can do it by cutting down costs related to negative reviews and by creating incentives not only to leave reviews but also to review by sharing the negative aspects of the experience.

Digital platforms and other businesses that use ratings and reviews have been making efforts to reduce the numbers of unreliable reviews on their websites by using algorithms and machine learning, as well as manual control mechanisms to identify and erase fake reviews³⁴. Nonetheless, most online platforms are not capable of completely mitigating fake reviews because the perpetrators continuously find ways of bypassing their protective measures.

3. Regulatory framework for review mechanisms

Adopted in 2005, the purpose of the Unfair Commercial Practices Directive (UCPD) is to contribute to the proper functioning of the internal market and reach a high level of consumer protection by bringing together the laws, regulations and administrative provisions of the Member States to address unfair commercial practices that harm consumers' economic interests³⁵. Specifically, this Directive addresses commercial practices that influence the consumers' transactional decisions and directly harm their economic interests, while also indirectly harming the economic interests of legitimate competitors.

The UCPD establishes a general prohibition for commercial practices that alter the consumer's economic behaviour by weakening his or her ability to make an informed decision and essentially causing the consumer to make a transaction that he would not have taken otherwise³⁶. This provision is in line with the principle of proportionality, as well as the principle of private

³⁴ European Parliamentary Research Service, *Online Consumer Reviews: The case of misleading or fake reviews* (2015).

³⁵ European Commission (EC) 2005/29 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market [2005].

³⁶ *Ibidem*.

autonomy which states that contractual decisions must be free and clear of distortions³⁷.

3.1. The New Deal for Consumers and the Omnibus Directive

As a whole, the UCPD has done a considerably good job at protecting the consumer over the years, although, recently, consumers across the EU have been affected by abusive practices, such as the *Dieselgate* scandal, where certain car manufacturers installed technology in cars to cheat emission tests³⁸. This reality has weakened consumer trust in the single market and sparked a debate about whether the EU has strong enough mechanisms in place to handle such issues.

The European Commission conducted an evaluation of consumer protection in 2017 through the Regulatory Fitness and Performance Programme (“REFIT”) and established that the law needs to be modernized so that the level of compliance is strengthened to guarantee a fair single market for consumers and businesses, both in the present and the future, ensuring its legislative significance and effectiveness associated with consumer protection through the ongoing technological revolution³⁹. As a result of the REFIT’s evaluation, the package of measures known as the “New Deal for Consumers” came to life and it is centred on online marketplaces and the problems that stem from it. The New Deal introduces new rules to be built on top of the already existing consumer policy framework and it provides more effective public and private enforcement tools and better redress possibilities.

A fundamental part of the EU’s New Deal for Consumers is the European Commission’s Enforcement and Modernisation Directive (EU) 2019/2161 (also known as the Omnibus Directive) which entered into force in January 2020 and it strengthens consumer rights through improved enforcement

³⁷ Jorge Morais Carvalho, ‘Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo’ (Repositório UNL, March 2011).

³⁸ European Commission, *Online Platforms and the Digital Single Market – Opportunities and Challenges for Europe* (2016).

³⁹ European Commission, *Commission General Report on the operation of REACH and review of certain elements* [2018].

measures and enhanced transparency requirements, particularly to online review systems. The Omnibus Directive amends the following four directives: the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC); the Consumer Rights Directive (2011/83/EU); the Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC); and the Price Indications Directive (98/6/EU). The amendments highlight several consumer issues, such as penalties for infringements, transparency in online marketplaces, and the protection of consumers when interacting with digital services⁴⁰.

Additionally, it introduces some important changes to existing consumer protection legislation such as the development of the definition of goods and services to embrace the concept of digital content and digital services, new obligations on traders and online platforms, as well as the introduction of novel penalties for infringement of the rules. Concerning online review systems, the Commission responded to the issues suggested by the evaluation of the REFIT and implemented new commercial practices that are considered unfair in any circumstance.

3.2. Changes in the UCPD

The first change in the UCPD is the introduction of a new commercial practice which prohibits traders from providing search results in response to a consumer's online search query without clearly revealing any paid advertisement or payment done specifically for achieving a higher ranking of products within the search results.

"Ranking" is defined as the corresponding relevance given to products in the way they are presented, organized or communicated by the trader. Traders do not need to reveal the complete functioning of their ranking systems and algorithms. Instead, traders should provide a general explanation of the main characteristics of their ranking systems that describe the default settings and their relative weight compared to other settings⁴¹.

⁴⁰ European Parliament (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [2019].

⁴¹ European Parliament (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [2019].

Nevertheless, the obligation of this description is not severe enough to be presented in a customized way for all individual search queries.

Several types of online traders provide online search functionalities, such as intermediaries, web shops and comparison websites. When the trader comes from an online marketplace that offers products, the provider of the marketplace and the third-party supplier are both parties to the contract and, under these circumstances, consumers might not understand precisely who the contractual parties are and what rights and obligations everyone involved has⁴². Having this in mind, the Omnibus Directive updated the definition of “online marketplace” to “a service using software, including a website, part of a website or an application, operated by or on behalf of a trader which allows consumers to conclude distance contracts with other traders or consumers”, which is a more technology neutral definition. The definition of “product” was also extended to include digital content and digital services.

The second commercial practice that will be considered “unfair in all circumstances” and, therefore, prohibited, is stating that reviews are submitted by verified consumers who have used or purchased the product without taking reasonable and proportionate steps to check that they originate from such consumers. Since reviews are a straightforward way to get relevant and accurate information, the Omnibus Directive implemented this directive to make them more reliable. Naturally, consumer’s trust regarding that information depends on its origin because they’re looking for information that is useful to them and that it represents the real experience they will have with the product or service and not the information transmitted by a professional whose purpose is to promote that product or service⁴³.

Online platforms strive for neutrality regarding positive or negative reviews as they are only concerned about having those reviews reliable⁴⁴.

⁴² Eric Goldman, ‘The Regulation of Reputational Information’ (SSRN, 5 Feb 2011) <http://ssrn.com/abstract=1754628>.

⁴³ Christian Twigg-Flesner, ‘Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers’ (SSRN, May 14 2018) <https://ssrn.com/abstract=3178952>.

⁴⁴ Christoph Busch, ‘Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy’ (*Academia*, 10 Dec 2012) <https://doi.org/10.1287/mnsc.1120.1609>.

The economically rational behaviour for online platforms is the development of honesty mechanisms: the more honest the reviewers are, the better the online platforms' reputation and, in the end, the bigger the profit they will make⁴⁵. So, when traders transmit the information that the reviews were submitted by consumers that used the product, they have to ensure that the reasonable and proportionate steps to check that they truly originate from such consumers are taken.

Finally, it is considered "unfair in all circumstances" the commercial practice of submitting or commissioning another legal or natural person to submit false consumer reviews or endorsements, or misrepresenting consumer reviews or social endorsements, in order to promote products. Article 6 of the Directive already determined as a "misleading action" the commercial practice that contains false information and is therefore untruthful or, in any way, deceiving or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct and, in either case, causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

Thus, before the amendment was implemented, the misuse of online reviews was only considered a misleading commercial practice if it was contained in one of the paragraphs of article 6 and if it fulfilled the requirement of being "likely to cause a transactional decision that he would not have taken otherwise". Well, the Omnibus Directive takes it one step further stating that the misrepresentation of consumer reviews or social endorsements is a commercial practice which is in all circumstances considered unfair, completely erasing any doubts one might have had before.

The inclusion of these commercial practices in the catalogue of practices that are considered "unfair in all circumstances" comes in a time where specific measures regarding online review mechanisms had to finally be regulated by the EU consumer law to guarantee a certain level of consumer protection⁴⁶. As previously explained, the nature of online reviews from a legal perspective is that of pre-contractual information. This means that not only are online reviews an important matter for general consumer law, but they present an issue specifically relevant to consumer contract law.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (SSRN, May 14 2018) <https://ssrn.com/abstract=3178952>.

Consequently, this suggests that the EU has to look at online reviews as an important factor in the creation of both online and offline contracts, and should provide a coherent regime to treat this type of information as any other statement made by a trader that can influence the consumer's choice⁴⁷.

4. The standard for online reviews and endorsements

By providing information about market traders and the products they offer, online review systems improve the informational environment in the online marketplace. It is imperative that the functioning of these systems is transparent, precisely to improve market transparency. This is why online platforms should have their policies for managing reviews shown to the public. The Guidelines issued by the Danish Consumer Ombudsman even go further saying that the terms of use must be easily accessible to the general public and to the users of the online service and be structured in an easily comprehensible manner⁴⁸.

The entire system for the submission of consumer reviews should be impartial and make sure the reviews are processed correctly⁴⁹: it is prohibited to separate consumers' experiences based on their positive or negative outcome. Even though a unique model of online review systems does not exist, it is possible to identify 5 phases that can occur during the experience between the platform for online reviews and the consumer⁵⁰. The identification of these phases reveals itself crucial for a better understanding of the problems related with online reviews, making it possible to expose their origins and potential measures that can prevent, mitigate or repair the consumer.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Danish Consumer Ombudsman, 'Guidelines on Publication of User Reviews', [2015].

⁴⁹ Christoph Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy' (*Academia*, 10 Dec 2012).

⁵⁰ *Ibidem*.

4.1. Submission of reviews

The first phase is the submission of reviews and, while this element is common in all online review systems, its adoption can vary according to how the system checks the credibility of the submitted reviews. These systems can be characterised as open, closed or semi-closed. The differentiating criteria will be the verification, or not, of the commercial transaction.

In closed review systems, such as Uber or Airbnb, they only allow users to submit reviews after the verification of that commercial transaction. Alternatively, in semi-closed systems all the registered consumers in the platform can still submit reviews of any product, independently of the commercial transaction related to it, but with the distinction that when the transaction is confirmed, the information concerning the verification of the purchaser is shown next to his or her review⁵¹. In Amazon Marketplace, for example, the confirmed transactions are marked with a small badge that reads: “verified purchase”.

The open review system is the third model of submitting reviews and the element that characterizes it is the inexistence of any connection with the e-commerce platform, which makes it impossible to confirm any commercial transaction (for example, Zomato and TripAdvisor). In these systems, every user can submit reviews and verification of the user experience is not possible. Hence, the risk of fake reviews is higher in these cases⁵².

The EU left it to the market to decide whether the system is open or closed. Yet, as this aspect has a significant influence on the reliability of reviews, the new Omnibus Directive amends the UCPD by introducing paragraph 6 to Article 7 concerning misleading omissions, stating that no matter what is the review system the platform adopts, the trader must provide information about whether and how the trader ensures the published consumer reviews originate from consumers who have used or purchased the product, otherwise it will be considered a misleading omission.

If, however, a platform operator explicitly claims that the reviews originate from verified users, the Commission’s UCPD Guidance Document requires him to take “reasonable and proportionate steps which increase

⁵¹ Madalena Narciso, ‘Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis’ (SSRN, February 1, 2017).

⁵² *Ibidem*.

the likelihood for such reviews to reflect real users' experiences". According to this document, such measures could include demanding reviewers to register, verifying the IP address used to submit the review or requiring additional evidence from the reviewer (for example, a booking number)⁵³.

While article 12 of the Directive 2000/31/EC⁵⁴ (the E-Commerce Directive) limits the duties of the platform operator, according to which Member States shall not impose a general monitoring obligation on providers of information societies, the new Omnibus Directive amends Annex I of the UCPD, appending number 23b, which adds that "stating that reviews of a product are submitted by consumers who have actually used or purchased the product without taking reasonable and proportionate steps to check that they originate from such consumers" is a commercial practice which is in all circumstances considered unfair.

To this extent, we can conclude that in closed and semi-closed systems, traders must implement measures able to assure, with a level of certainty, the confirmation of the consumer that performed a commercial transaction related to the product⁵⁵. This amendment on the UCPD does not violate article 12 of the E-Commerce Directive because platforms are free to implement any system they want: they have the possibility to opt for the open system, where the trader does not have any obligation of control⁵⁶.

4.1.1. Anonymous reviews

A topic of discussion is whether anonymous reviews should be possible. The permission of anonymous reviews could make users more honest while not having to fear any direct or indirect retaliation from the

⁵³ European Commission, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices* (2016).

⁵⁴ European Commission (EC) 2000/3 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (EC Directive on electronic commerce) [2000]

⁵⁵ Eduardo Manuel de Melo Freitas, 'Os Sistemas de Avaliações Online: Proteção do Consumidor nos Mercados de Comércio Eletrónico' and Maria Miguel Oliveira Silva (ed) in *Yearbook of the Nova Consumer Lab* (2019).

⁵⁶ Madalena Narciso, 'The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law' [2019] 27(3) *European Review of Private Law* Kluwer Law International 557.

counterparty⁵⁷. Although this would improve the quality of the information presented in the online review system, anonymous reviews could aggravate the problem of “trolling” and the danger of defamatory posts. The platform has the capability of choosing what system they want to implement, only being demanded that they comply with the duties of information and transparency in their activity.

4.1.2. Reciprocal Reviewing

A different problem emerges in reciprocal reviewing, as several sharing economy platforms permit both of the parties to a contract to review each other (for example, hosts and occupants at Airbnb or drivers and passengers at Uber). At first sight, a system of reciprocal reviewing seems to be a worthy design feature to have in online review systems, since it has the potential to build trust in the marketplace⁵⁸. Nonetheless, it may create dishonest incentives to write biased positive reviews seeing that users fear retaliation if they write a negative review. To avoid this problem, Airbnb has altered its review system and now uses a system called “simultaneous reveal”, where a review is not revealed until the other party has also written one.

A system such as the simultaneous reveal decreases difficulties associated with the costs of reviewing⁵⁹. Still, this solution only cures a small part of the problem: given that reciprocity would not be possible anymore, since both the buyer and the seller’s reviews are revealed at the same time and one cannot be influenced by the other, retaliation and situations of discrimination are always a possibility.

4.1.3. Paid reviews

A different and yet controversial issue is the admissibility of paid reviews, where the reviewer writes about his experience with the product and gets

⁵⁷ Christoph Busch, ‘Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy’ (*Academia*, 10 Dec 2012).

⁵⁸ Gary Bolton, Ben Greiner, Axel Ockenfels, ‘Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information’, in *Management Science*, [2013] 59 (2).

⁵⁹ *Ibidem*.

compensated for it. As previously mentioned, online reviews of products constitute public goods, considering that each user of an online marketplace can benefit from an evaluation without reducing its value for other users⁶⁰. Noting the fact that most internet consumers benefit from these systems, the reality is that free voluntary reviews tend to be insufficient compared to the ideal number of trustworthy reviews the traders would have liked to have⁶¹. A way of providing incentives for posting a review is, for example, by giving discounts to users on future transactions, which could increase the number of reviews and consequently increase the information available in the online platform. Nevertheless, the most obvious result of incentives such as this one is that biased or fake reviews would be written and, in turn, deceive other consumers⁶².

According to the UCPD, professional traders are free to pursue any business practice they want, as long as they provide all the material information that the average consumer needs to take an informed transactional decision and they reveal their true commercial intent. According to Annex I, number 23C, commissioning another person to submit false consumer reviews or endorsements in order to promote products is considered an unfair commercial practice. Therefore, if the paid review is fake, the action from the trader is considered unfair in all circumstances. On the other hand, if the content of that review is honest, for example in a situation where the professional pays a person to make a review and gives complete freedom to submit his or her real considerations about the product, that practice won't be against the law, given that the content is not fake. Whether the online review itself is false or not is the criteria for the application of the norm⁶³.

Digital influencers provide reviews and endorsements of products online, normally transmitted through social networks where they have their own public, the followers/subscribers (for example, on Facebook, Instagram,

⁶⁰ Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017).

⁶¹ Dina Mayzlin, Yaniv Dover, Judith A. Chevalier, 'Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation'.

⁶² Rossana Ducato, 'One Hashtag to Rule Them All?: Mandated Disclosures in Influencer Marketing Practices', (SSRN, 17 Feb 2020).

⁶³ Christoph Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy'.

Twitter, YouTube, to name a few). The influencers themselves create and post the content, usually giving the impression that the information is a personal promotion instead of being a direct and identifiable endorsement for a product. Thus, digital influencers, more times than not, do not disclose appropriately the origin of their reviews or endorsements, if they have been paid for or if they personally have an interest regarding any of the products featured⁶⁴.

A study from the European Commission reveals that consumers are usually confident that they can recognise advertised content on social media, but the results of the behavioural experiment prove to be different⁶⁵. Furthermore, this type of practice can lead to situations where the user intends to show kindness to the professional that paid for his submission of a review by writing a review that's positively biased and that brings questions to its admissibility regarding the aforementioned number 23c of Annex I, which would make it unfair in any circumstance.

The professional himself could not submit a review because, according to Annex I, number 22, it is an unfair commercial practice to “falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer”. By doing this, the trader risks causing harm to consumers that are directly influenced by those reviews for their purchasing decisions and it also causes harm to competitors, because of artificially inflated publicity⁶⁶. Inevitably, it contributes to the decay of trust in the online marketplaces. The New Deal would have been the perfect opportunity to improve these social marketing issues and put in place a new regime and better protection of consumers. However, its force is limited to the enforcement of the UCPD through the addition of penalties and modernised unfair commercial practices, leaving the digital influencers' marketing left to be revised⁶⁷.

⁶⁴ Christine Riefa, Laura Clausen, 'Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices' [2019] *EuCML Journal of European Consumer and Market Law* 64.

⁶⁵ European Commission, 'Exploratory Study of consumer issues in peer-to-peer platform markets' (12/06/2017).

⁶⁶ Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017).

⁶⁷ Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (SSRN, May 14 2018).

4.2. *Processing of Reviews*

When the reviews are submitted, they customarily undergo some kind of processing to ensure that the reviews are according to the general terms of use of the platform. The problem now is to determine when and how the platform operator may be liable for reviews notably inappropriate, which include harassment or defamation.

Article 14 of the E-Commerce Directive states the conditions that will exempt online platforms from liability regarding misleading practices committed by third parties' illegal content on the platform. For this exemption rule to be applied, the online platform has to act as a hosting service, defined by the Article as the intermediary "storage of information provided by a recipient of a service". Illegal content can be considered as the illegal information contained in online reviews that violate Articles 5, 6 and 7 of the UCPD, or online reviews that represent some form of defamation.

The E-Commerce Directive exempts the online platform from the liability of hosting illegal online reviews and it is the Member States' responsibility to address the consequences for liability in hosting illegal information or what damages are covered⁶⁸. The framework of this general rule of exclusion of liability indicates that there is an incentive for the online platform to steer away from controlling the content of online reviews, in order to protect itself from not enjoying that exclusion. If the platform knows that, for example, a user posted a fake or defamatory review and did nothing to remove it on time, then it can be held liable for it⁶⁹.

Another situation where the exemption of liability does not apply is included in Recital 42 of the E-commerce Directive and it states that if the online platform wants to take advantage of this general rule, then its activity in the transmission of information has to be done in a "technical, automatic and passive" way, meaning the platform must not have dominion over the information. In other words, platforms are immune from liability if they adopt a passive role. The recital goes even further by saying that the transmission and/or storage of information needs to be technical,

⁶⁸ Madalena Narciso, 'The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law' [2019] 27(3) *European Review of Private Law* Kluwer Law International 557.

⁶⁹ *Ibidem*.

automatic and passive, “for the sole purpose of making the transmission more efficient”⁷⁰.

Regarding this passivity of the online platform, the CJEU concluded that an online platform when acting as a hosting service provider plays an active role and, thus, is not eligible for the exemption of liability if “it provides assistance, which involves, in particular, optimizing the presentation of the offers for sale in question or promoting them”⁷¹. The CJEU added that if a platform has an active role then it is capable of controlling the data relating to those offers for sale. According to the CJEU case law of *Google France*, the tolerable level of passiveness depends on the intermediaries’ roles⁷².

One can safely say that online platforms do not simply provide access to information: they construct, manage and regulate their online reviews mechanisms, they determine which users can post a review and in what way that review is presented (anonymous or not) and they also decide what will be the ranking criteria of the online reviews⁷³. This interpretation of the CJEU means if the online platform were to alter the way online reviews are shown by, for example, placing positive reviews in a higher place than negative reviews, then it would not be eligible to benefit from Article 14. The online platform only has an obligation to control or verify reviews if it has knowledge that they may contain illegal information, otherwise the platform is not required to do it. This passive behaviour appears to be incentivised⁷⁴, but, in practice, most online platforms play an active role in their processing activities and, as a consequence, they can be considered liable for their online review mechanisms.

Even though the platform has no general duty to monitor the reviews, what usually happens is they go through automated processing to guarantee that the reviews are written according to the general terms of use of the

⁷⁰ European Commission (EC) 2000/3 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (EC Directive on electronic commerce) [2000].

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² C-236/08 *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* [2010] European Commission, ‘Exploratory Study of consumer issues in peer-to-peer platform markets’ (12/06/2017).

⁷³ Orly Lobel, ‘The Law of the Platform’, [2016] 16 *Minnesota Law Review* 212.

⁷⁴ Madalena Narciso, ‘The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law’ [2019] 27(3) *European Review of Private Law Kluwer Law International* 557.

platform. If a review is refused, the reviewer must be informed about it, including the reasons that explain the automated process's decision. This is a common principle of procedural fairness which has been supported by the Danish Guidelines⁷⁵. In any case, manipulating consumer reviews or endorsements under the recent addition to the Annex I of the UCPD, number 23c, is considered an unfair commercial practice in any circumstance.

4.3. Publication of Reviews

When the review is published, the way it is presented poses another issue to be considered. The Danish Consumer Guidelines suggest that reviews, positive or negative, should be presented in chronological order or in another objective manner⁷⁶. It is crucial to know when the reviewer actually experienced the product or service to evaluate if the review is still relevant or not, because if the review is old it may not depict accurately the current quality of it. As an example of a legislative effort, Article 24(5) of the French proposal for the *Loi pour la République numérique* requires the date of the review to be shown⁷⁷.

A controversial idea that could be useful is giving the reviews an expiry date. An example of such a rule can be found in the Danish Consumer Guidelines and it states that the platform operator may determine a time limit for the deletion of online reviews and it may differ depending on the product category, though the minimum limit is 12 months⁷⁸.

According to the legislative changes established by the Omnibus Directive, there are new requisites that have to be fulfilled by the platform that operates the online review system when reviews are published. The first of these changes is that the platform must say if a certain product, which the review is concerned, is offered by a professional or not, based on the information that the third party transmitted to the platform. Besides, the platform has to inform the consumers about the main parameters that determine the ranking of their products in an online search. The platform

⁷⁵ Danish Consumer Ombudsman, 'Guidelines on Publication of User Reviews' [2015].

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Journal Officiel de la République Française, *Loi Pour la République Numérique* (2016-1321).

⁷⁸ Danish Consumer Ombudsman, 'Guidelines on Publication of User Reviews' [2015].

has to tell if it guarantees or not and how the published reviews originate from consumers that used the products in question. The non-fulfilment of these duties means that the platform performed a misleading omission and, therefore, the adoption of an unfair commercial practice⁷⁹. Additionally, the platform will have to inform the consumers about any paid reviews that are published or if someone paid for their review to be shown first.

4.4. Consolidating Reviews

Most online review platforms adopt a system with a mechanism that enables consumers not only to share their experiences through a written review, but also to attribute a simple overall rating, usually on a scale from 1 to 5, where the consumer reveals his level of satisfaction with the product, the professional or his experience overall.

The ease with which a consumer interacts with these systems justifies their popularity, in a sense that the consumer does not need to spend a lot of time writing a review where he could merely click a button to submit it⁸⁰. This dynamic reduces the costs associated with the submission of reviews, contributing to a rise in the quantity of available information. These consolidated ratings are particularly important in influencing consumers' purchasing decisions, especially since written information has marginal value, that is, the consumer can only absorb it to a certain degree. Given that human attention is limited, such ratings alleviate the issue of information overload, caused mostly by extensive and confusing online reviews⁸¹.

Although it definitely brings benefits to the platform, consolidated ratings are not the ultimate solution for the limits of our attention. It is common to see the user look at the average rating given to a product but not

⁷⁹ Eduardo Manuel de Melo Freitas, 'Os Sistemas de Avaliações Online: Proteção do Consumidor nos Mercados de Comércio Eletrónico' and Maria Miguel Oliveira Silva (ed) in Yearbook of the Nova Consumer Lab (2019).

⁸⁰ OECD, 'Understanding online consumer ratings and reviews' [2019] 289 Digital Economy Papers.

⁸¹ Christoph Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy' (*Academia*, 10 Dec 2012).

to the number of ratings, which could be insufficient to make an informed decision⁸². The Danish Consumer Guidelines approach this concern by advising that the operator of the online review system should present clear and precise information about how the rating has been determined and the total number of reviews that compose the presented rating⁸³.

A different issue relates to the relevance that the rating algorithm gives to each rating. The algorithm could give greater weight to reviews done by verified consumers, or by reviewers that have made purchases in the past, or even reviews that might have been flagged as “helpful” by other users on the platform. This method of consolidating ratings could improve the overall platform experience by providing valuable information. Yet, it is also vulnerable to manipulation by the platform operator or by the black-box source of the algorithm itself⁸⁴. For instance, this method could give different weights to reviews written in a specific Member State if the algorithm decides to take the geolocation data into account.

4.5. Right of Reply

The last phase in the architecture of online reviews concerns the trader’s right of reply, which consists of the possibility of a professional trader replying publicly to the review that was submitted by a consumer about him or his product, giving his version of the facts. On the one hand, the reply mechanism can be positive by permitting a more efficient conflict resolution, clearing possible misunderstandings between professionals and consumers, at the same time as fighting fake reviews⁸⁵. On the other hand, this mechanism has the potential of generating a conflict environment between professionals and consumers⁸⁶.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Danish Consumer Ombudsman, ‘Guidelines on Publication of User Reviews’ [2015].

⁸⁴ Christian Twigg-Flesner, ‘Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers’ (SSRN, May 14 2018) <https://ssrn.com/abstract=3178952>.

⁸⁵ Madalena Narciso, ‘Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis’ (SSRN, February 1, 2017).

⁸⁶ Christoph Busch, ‘Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy’ (*Academia*, 10 Dec 2012).

The legislator must leave this decision to the market if it wants, or not, to implement the reply mechanism in its review systems, and whether that additional information is more useful to the consumers or not. Another interesting suggestion from the French proposal for the *Loi pour la République numérique* states that the decision to include a reply mechanism does not exclude the operator of the reputation system from providing a free-of-charge complaint mechanism. The purpose is to allow a trader whose goods or services have been the object of a review to submit a reasoned warning if he has doubts regarding the authenticity of the review⁸⁷.

Due to Article 15 of the E-Commerce Directive, online platforms do not have the obligation to verify whether the facts described in online reviews did, in fact, occur. However, this does not mean that online platforms lack an important role to play (and even legal duties) when it comes to assuring online reviews' reliability. This role is evidenced by the Unfair Commercial Practices Directive⁸⁸.

5. Consumer remedies

The Omnibus Directive also provides a private right of redress. Article 11a states that Consumers harmed by unfair commercial practices shall have access to proportionate and effective remedies, including compensation for damage suffered by the consumer and, where relevant, a price reduction or the termination of the contract.

Member States may define the conditions for the application of those remedies and the effects it will have on the consumer. To that end, Member States will consider the nature of the unfair commercial practice, the damage sustained by the consumer and other pertinent information. The remedies stated in the UCPD are applied without prejudice to the application of other remedies imposed by the European Union and national law. CHRISTIAN TWIGG-FLESNER and other scholars consider this norm to be too vague in

⁸⁷ Journal Officiel de la République Française, *Loi Pour la République Numérique* (2016-1321).

⁸⁸ European Commission, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices* (2016).

its requirements⁸⁹ because it gives a lot of discretion to the Member States and it doesn't clarify the conditions for the exercise of the right.

6. Conclusion

The New Deal for Consumers is an ambitious project that enhances the EU consumer law and provides a few essential developments of existing consumer protection rules, but it is not a flawless package of reforms. The Omnibus Directive fails by not resolving a few problems such as the lack of criteria to define the concept of “trader”, which is needed for the consumer to know whether Consumer Law is applicable or not when entering a contract with an online seller⁹⁰. Besides, EU consumer law still does not have an effective means of dealing with bias in online reviews or with the fact that reviews frequently do not represent the magnitude of consumers who actually bought the product in question.

The biggest issue concerning online reviews seems to be that the EU framework incentivises the platforms to adopt a passive attitude towards the verification and reliability control of reviews. The Unfair Commercial Practices Directive does not require the platforms to be reliable and most of the provisions can be avoided by simply telling consumers that their review mechanism is unreliable, so as to benefit from the liability exclusion⁹¹.

It's necessary to understand the architecture and the functioning of review systems to identify the origins of its problems that constantly threaten the rights of consumers and for the purpose of reducing the submission costs of truthful reviews, which will subsequently reduce information asymmetries. Going forward, the costs associated with manipulation and falsification of the systems will rise, deterring platform operators and traders from engaging in immoral actions and, thereby, reduction economic incentives to adopt unfair commercial practices.

⁸⁹ Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (SSRN, May 14 2018) <https://ssrn.com/abstract=3178952>.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Madalena Narciso, 'The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law' [2019] 27(3) *European Review of Private Law* Kluwer Law International 557.

Bibliography

- Gary Bolton, Ben Greiner, Axel Ockenfels, 'Engineering Trust: Reciprocity in the Production of Reputation Information', in *Management Science*, [2013] 59 (2)
- Christoph Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy' (*Academia*, 10 Dec 2012) <https://doi.org/10.1287/mnsc.1120.1609>
- Joana Campos Carvalho, 'A Proteção dos Consumidores na *Sharing Economy*', in, *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Deco, Lisboa, (2016)
- Jorge Morais Carvalho, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo* (Almedina, 2012)
- Yubo Chen, Jinhong Xie, 'Online Consumer Review: Word-of-Mouth as a New Element of Marketing Communication Mix' [2008] 54(3) *Management Science*
- Chrysanthos Dellarocas, 'Reputation Mechanisms' (*CiteSeerX*, June 2005) <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.138.6406&rep=rep1&type=pdf>
- Wenjing Duan, Bin Gu, Andrew B. Whinston, 'Do Online Reviews Matter? – An Empirical Investigation of Panel Data' [2008] 45 *Decision Support Systems*
- Mateja Durovic, 'The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices' [2015] 23(5) *European Review of Private Law* Kluwer Law International
- Eric Goldman, 'The Regulation of Reputational Information' (SSRN, 5 Feb 2011) <http://ssrn.com/abstract=1754628>
- Michael Luca, Georgios Zervas, 'Fake It Till You Make It: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud' (SSRN, May 1, 2015) <https://ssrn.com/abstract=2293164>
- Hassan Masum, Mark Tovey, 'The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World' [2012] *The Information Society Series* The MIT Press 440
- Dina Mayzlin, Yaniv Dover, Judith A. Chevalier, 'Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation' (SSRN, August 13, 2012) <https://ssrn.com/abstract=2128860>
- Madalena Narciso, 'Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis' (SSRN, February 1, 2017) <https://ssrn.com/abstract=2918764>
- Madalena Narciso, 'The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law' [2019] 27(3) *European Review of Private Law* Kluwer Law International 557
- Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (SSRN, May 14 2018) <https://ssrn.com/abstract=3178952>

- Christine Riefa, Laura Clausen, 'Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices' [2019] *EuCML Journal of European Consumer and Market Law* 64
- Geoff Donaker, Hyunkin Kim, Michael Luca, 'Designing Better Online Review Systems' (*Harvard Business Review*, December 2019) <https://hbr.org/2019/11/designing-better-online-review-systems>
- Eduardo Manuel de Melo Freitas, 'Os Sistemas de Avaliações Online: Proteção do Consumidor nos Mercados de Comércio Eletrónico' and Maria Miguel Oliveira Silva (ed) in *Yearbook of the Nova Consumer Lab* (2019)
- OECD, 'Understanding online consumer ratings and reviews' [2019] 289 *Digital Economy Papers*, <https://doi.org/10.1787/eb018587-en>
- Verena Schoenmueller, Oded Netzer, Florian Stahl, 'The Extreme Distribution of Online Reviews: Prevalence, Drivers and Implications' [2019] 18(10) *Columbia Business School Research Paper*
- Orly Lobel, 'The Law of the Platform', [2016] 16 *Minnesota Law Review* 212
- OECD, 'Measuring consumer detriment and the impact of consumer policy: Feasibility study' [2020] 293 *OECD Digital Economy Papers*
- Rossana Ducato, 'One Hashtag to Rule Them All?: Mandated Disclosures in Influencer Marketing Practices', (SSRN, 17 Feb 2020) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3415598
- Chrysanthos Dellarocas, 'The Digitization of Word-of-Mouth: Promise and Challenges of Online Reputation Mechanisms' (Massachusetts Institute of Technology, October 2002) <http://ccs.mit.edu/dell/digitization%20of%20word-of-mouth.pdf>
- John Joseph Horton, Nicholas Léonard and Joseph M. Golden, 'Reputation Inflation: Evidence from an Online Labor Market' (semanticsscholar, February 2015) <https://pdfs.semanticscholar.org/59d6/e24bf80c01384d5ce8a64e1582208b8b7072.pdf>
- Jacqueline Johnson Brown, Peter H. Reigen, 'Social Ties and Word-of-Mouth Referral Behavior' [1987] 14(3) *Journal of Consumer Research* Oxford University Press
- Jorge Morais Carvalho, 'Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo' (Repositório UNL, March 2011) https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf
- Julia Y. Lee, 'Trust and Social Commerce' [2016] 77(137) (February 22, 2016). *University of Pittsburgh Law Review* Penn State Law Research Paper
- Michael Luca, 'Reviews, Reputation, and Revenue: The Case of Yelp.Com' (Harvard Business School, 2016) https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-016_a7e4a5a2-03f9-490d-b093-8f951238dba2.pdf
- Andreas Munzel, 'Assisting Consumers in Detecting Fake Reviews: The Role of Identity Information Disclosure and Consensus' [2016] 32 *Journal of Retailing and Consumer* Toulouse University

- Maryam Saeedi Zeqian Shen Neel Sundaresan, 'The Value of Feedback: An Analysis of Reputation System' (semanticsscholar, February 2015) <https://pdfs.semanticscholar.org/2f41/69866db3ab34c73f13f99250778ed77c9d2f.pdf>
- Joseph Blocher, 'Reputation as Property in Virtual Economies' [2009] 19 *Yale Law Journal Pocket Part* 120
- Orly Lobel, 'The Law of the Platform', [2016] 16 *Minnesota Law Review* 212
- Martina Nee, 'Fake Online Reviews: Don't believe everything you read online' (European Consumer Centre Ireland, February 2019) <https://www.eccireland.ie/fake-online-reviews/>
- European Commission (EC) 2018/089 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC [2018]
- European Parliamentary Research Service, *Online Consumer Reviews: The case of misleading or fake reviews* (2015)
- European Commission, *A European agenda for the collaborative economy* [2016]
- Danish Consumer Ombudsman, 'Guidelines on Publication of User Reviews', [2015]
- OECD Digital Economy Papers, *Going Digital Integrated Policy Framework* (292, 2020)
- Competition & Market Authority, *Online reviews and endorsements – Report on the CMA's call for information* (2015)
- European Commission, *Online Platforms and the Digital Single Market – Opportunities and Challenges for Europe* (2016)
- European Commission, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices* (2016)
- European Commission (EC) 2005/29 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market [2005]
- European Parliament (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules [2019]
- European Commission, *A New Deal for Consumers* (COM/2018/0183, 2018)
- European Commission (EC) 2000/3 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (EC Directive on electronic commerce) [2000]
- C-236/08 Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA [2010]
- European Commission, 'Exploratory Study of consumer issues in peer-to-peer platform markets' (12/06/2017)
- Journal Officiel de la République Française, *Loi Pour la République Numérique* (2016-1321)

A “New Deal for Consumers”? The European Regulatory Framework for Online Search Queries and Rankings under the Omnibus Directive (Directive (EU) 2019/2161)

GABRIELA HIWATASHI DOS SANTOS

1. Introduction. 2. From Traditional Retail to Digital Shelf: Online Search Engines and Online Marketplaces. 3. The Role of Online Search Queries and Rankings in Decision Making. 4. Position Bias, Unfair Commercial Practices and Competition Law. 5. Transparency and Information Requirements in Consumer Protection. 6. European Regulatory Framework and Directive (EU) 2019/2161. 7. Final Remarks.

1. Introduction

Technology has changed some, if not all, aspects of modern life: buying clothes, ordering food, comparing hotel prices and booking flight tickets. The emergence of online search engines and online marketplaces has allowed consumers to browse and purchase a wide-range of products offered by traders worldwide anytime, anywhere at the touch of a button on their computers, tablets or smartphones¹. As transactions are likely to take place in a fully digital environment in the near future, providing clear and complete product information, including comparison and ranking criteria, has become an essential to improve consumer confidence in the digital economy².

¹ Yannis Bakes, ‘The Emerging Landscape for Retail E-Commerce’ (2001) *Journal of Economic Perspectives*. European Commission, ‘The Impact of Online Sales on Consumers and Firms: Evidence from Household Appliances’ (2015) *Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2015/15*.

² OECD, ‘The Changing Consumer and Market Landscape’ (2010) *Consumer Policy Toolkit*. Kris Ferreira, Sunanda Parthasarathy and Shreyas Sekar, ‘Learning to Rank an Assortment of Products’ [2019] *SSRN Electronic Journal*.

The digital economy has introduced substantial changes in consumer behavior, retail trade and the economy in general. In a myriad of online platforms, consumers are now exposed to uncountable offers and have the upper hand in making decisions. Consumption has never been more accessible: one can search for and purchase products from the comfort of their homes rather than going in person to local shops and markets³. According to the latest European Ecommerce Report, the so-called “e-sales” are exponentially growing, estimated to amount to more than 620 billion euro in 2019, which represents an increase of over 13% compared to the previous year⁴.

However, online platforms can be sources of both benefits and risks for citizens, including unfair competition and consumer protection issues⁵. Online search engines and online marketplaces are capable of shaping consumer preferences by influencing active decision making with search results and product rankings, given that around 80% of consumers only look at the first page of search results and of top-ranking offers⁶. Even more worrying is the use of these platforms as vehicles to biased search results and rankings to self-favor certain products and give prominence to sponsors and partners without informing search and ranking criteria, constituting a clear unfair commercial practice⁷.

³ Raluca M Ursu and Daria Dzyabura, ‘Retailers’ Product Location Problem with Consumer Search’ [2019] *Quantitative Marketing and Economics*. Wendy W Moe and Peter S Fader, ‘Dynamic Conversion Behavior at E-Commerce Sites’ (2004) 50 *Management Science* 326.

⁴ Ecommerce Europe, ‘Ecommerce in Europe: €621 billion in 2019’ (2019) <https://ecommercenews.eu/ecommerce-in-europe-e621-billion-in-2019/>.

⁵ Yujung Hwang and Jaeseok Jeong, ‘Electronic Commerce and Online Consumer Behavior Research: A Literature Review’ (2016) 32 *Information Development* 377. Yannis Bakes, ‘The Emerging Landscape for Retail E-Commerce’ (2001) *Journal of Economic Perspectives*.

⁶ Marco Botta and Klaus Wiedemann, ‘To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance’ [2019] *SSRN Electronic Journal*. Christian Bergqvist, ‘Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy’ [2020] *SSRN Electronic Journal*.

⁷ Raluca Mihaela Ursu, ‘The Power of Rankings: Quantifying the Effects of Rankings on Online Consumer Search and Choice’ [2015] *SSRN Electronic Journal*. Christine Riefa and Christiana Markou, ‘Online Marketing: Advertisers Know You are a Dog on the Internet!’ (2015). Savin, Trzaskowski (Eds) *Research Handbook on EU Internet Law* (Edward Elgar 2014) 383-410.

There is a clear asymmetry between platforms and consumers due to the lack of transparency and information in commercial practices⁸. In this context, EU lawmakers, concerned with the protection of consumers in the digital economy, recently enacted a package of Directives – also known as “New Deal for Consumers” – to strengthen the enforcement of and modernize consumer protection and competition rules, establishing the disclosure of the main parameters in determining search results and products rankings in an intelligible language and publicly available description (and not hidden in lengthy and complex terms and conditions)⁹.

Therefore, this article aims to present and analyze the EU regulatory framework for online search queries and rankings in online search engines and online marketplaces, in light of Directive (EU) 2019/2161, guided by the following question: “is Directive (EU) 2019/2161 able to promote changes in the commercial practices of such platforms and provide a stronger consumer protection in the Digital Age?”. It is important to highlight that the present article does not claim to cover this issue exhaustively, but rather to provide a critical overview of the provisions regarding online search queries and rankings in Directive (EU) 2019/2161 from a consumer law perspective.

The first section will introduce the legal and technical definitions of online search engines and online marketplaces as digital shelves – understood as online intermediaries websites, including online marketplaces, mobile apps or search engines where products are displayed and consumers can search, compare and purchase goods –, reflecting the changes in consumer habits and preferences in the digital economy¹⁰. The transition

⁸ Marco Botta and Klaus Wiedemann, ‘To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance’ [2019] SSRN Electronic Journal. Christian Bergqvist, ‘Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy’ [2020] SSRN Electronic Journal.

⁹ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance), PE/83/2019/REV/1, OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

¹⁰ Cecilia Cheng, ‘Competition for Defaults: The Fight for Virtual Shelf Space’ [2018] SSRN Electronic Journal.

from traditional retail online commerce has also changed marketing and advertising practices, which require now an intensive online presence to gain more visibility and digital shelf space.

The second section will focus on the importance of online search queries and rankings in choosing what product to purchase, from which seller and for what price. As scholars, economists and marketing experts have already identified that search results and rankings can be decisive factors to consumers when browsing, comparing and buying products, due to the fast-paced and dynamic nature of online transactions¹¹. However, users are usually unaware of the criteria used by online search engines and online marketplaces providers, which can be potentially detrimental to decision-making and engender distrust among consumers.

The third section will analyze the marketing and advertising practices in online search engines and online marketplaces, as well as search results and position bias, discrimination, self-preferencing and unfair commercial practices in light of competition law. In the Digital Age, consumers and businesses are demanding more transparency in practices and policies from major platforms, such as Google and Amazon, in view of unfair competitive advantages and failure to disclose its commercial interests. Therefore, giving prominence to certain products or sellers in a search result, or even self-favoring its own online marketplace may harm the global market, but especially small and medium businesses¹².

The fourth section will provide a consumer protection approach regarding transparency, information and fairness requirements, which are essential in allowing consumers to exercise free will and make informed decisions in the digital environment. When consumers are informed of the criteria used for ranking search results, they are more likely to purchase a given product, resulting in a considerable growth in online transactions, as a sign of trust in the transparency and fairness of online search engines and online marketplaces¹³.

¹¹ Raluca M Ursu and Daria Dzyabura, 'Retailers' Product Location Problem with Consumer Search' [2019] *Quantitative Marketing and Economics*.

¹² OECD, *Unpacking E-Commerce: Business Models, Trends and Policies* (OECD 2019).

¹³ European Commission, 'Commission Staff Working Document: Report of the Fitness Check' (2017). European Commission, 'Consumer Market Study to support the Fitness Check of EU consumer and marketing law' (2017).

The fifth section will review the EU regulatory framework for online search queries and rankings, especially Directive (EU) 2019/2161, part of the “New Deal for Consumers”, which sets out rules for online intermediaries, such as online search engines and online marketplaces, and Regulation (EU) 2019/1150 – for business users of online intermediation services. The new Directive, part of the “New Deal” package, addresses commercial practices in the digital economy, including additional information and disclosure requirements about parameters of search results and rankings in “an easily and publicly available description, drafted in clear and unambiguous language”.

Finally, we will make some remarks about the amendments introduced by Directive (EU) 2019/2161 in Directive 2005/29/EC and Directive 2011/83/EU, regarding the effectiveness (or not) of such provisions in shaping business practices of online search engines and online marketplaces and in offering a more robust consumer protection in the Digital Single Market. The main legal provisions and relevant definitions will be mentioned in each corresponding section of this article.

2. From Traditional Retail to Digital Shelf: Online Search Engines and Online Marketplaces

“I hope 15 years later people forget about e-commerce – because they think it is like electricity”¹⁴. As envisioned by Jack Ma, founder of Alibaba, one of the biggest online marketplaces in the world, technology has become (and will become even more) essential in our daily lives, changing consumers’ behavior and pushing traditional retail to adapt and reinvent itself in order

¹⁴ This quote is an extract of an interview with Jack Ma at the 2015 World Economic Forum in Davos. “15 years later, I want people to see no Alibaba or TaoBao, because it is already everywhere. 15 years ago, when we talked about what is e-commerce, why small business can use this e-commerce, and the Internet, and do business across nation. I hope 15 years later people forget about e-commerce – because they think it is like electricity. Nobody thinks it is high-tech today. This is something I don’t want, 15 years later, we still walk on the street and talk about why and how e-commerce can help people” (<<https://www.youtube.com/watch?v=aqSkQye85OQ>>).

to keep up with the Internet and other disruptive technologies – particularly in the context of global markets and regulatory reforms¹⁵.

In the Digital Age, no longer constrained to brick-and-mortar establishments, online platforms have been growing in leaps and bounds and pushing the economy onto the Internet, expanding the offers of goods and services, from airline and hotel bookings to cars, food, appliances and electronic equipment. While a significant number of consumers still search products, compare prices and purchase goods and services in-stores, online search engines and online marketplaces have become a “digital shelf” (also called “endless aisle”) for consumers and businesses – as a reference to traditional stores’ shelves and aisles that are shifting to the digital environment, as approximately 274 million EU citizens shop online¹⁶.

These platforms can improve consumers’ engagement with brands and the discovery of products through digital channels, allowing consumers to search and compare the best available offers from a variety of sellers with different qualities and prices. In this context, the definition of online platform encompasses a broad category of services, such as online marketplaces, online shopping malls, comparison tools, search engines and intermediaries¹⁷. For the purposes of this article, online platforms will be

¹⁵ “However, these recent developments pose ethical and legal challenges regarding consumer protection in the digital economy. On the one hand, online platforms, such as online search engines and online marketplaces have commercial interests and capitalize its services through sponsored ads, endorsements, partnerships, and other marketing techniques; on the other hand, consumers use these platforms usually unaware of the commercial interests, which may subconsciously influence consumer’s choice and lead to an unfair, discriminatory and biased market. In this context, certain conducts and principles, such as information, transparency, and fairness, are necessary to enhance competitiveness and to protect consumers by allowing them to make informed decisions”. European Commission, ‘Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market’ (2016) Commission Staff Working Document SWD(2016) 172 final.

¹⁶ According to the Ecommerce Europe, from the 817 million people living in Europe, approximately 491 million people use the internet and 274 million are e-shoppers, excluding people aged 0-14, spending an average of 1,500 Euro each. Ecommerce Europe, ‘Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector’ (2015) <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf>.

¹⁷ Ecommerce Europe, ‘Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector’ (2015) <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf>.

used interchangeably to refer to search engines and online marketplaces. However, it is important to outline that such concepts refer to different types of online platforms services, with different functions, characters and parties.

According to Ecommerce Europe, search engines are digital online platforms that offer as a main service to interested parties, being consumers or professionals, the possibility to search for and find products, services and/or digital content of different sellers or providers. Search platforms list search results based on a given search query (or keyword, phrase or other input) and often offer comparison shopping services to compare products within a certain criteria, such as Google and its comparison shopping service, Google Shopping¹⁸.

As for online marketplaces, they are defined as “digital online platforms that enable the selling consumer and/or business to offer, advertise and communicate on the sale of their products, services and/or digital content under their own name, risk and liability, directly to other consumers or traders who are interested in buying these products, services and/or digital content”¹⁹. In other words, “marketplaces are commerce sites that host items and/or websites of multiple individual sellers on the same domain and must provide a way for users to purchase the product online through either a payment service or directly from the marketplaces’ website”, such as Amazon and Alibaba²⁰.

In this context, due to the major role of online platforms in the Digital Single Market, EU lawmakers have recently updated the Union’s regulatory framework by including several definitions linked to online search engines and online marketplaces. Nevertheless, these definitions were

¹⁸ Ecommerce Europe, ‘Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector’ (2015) <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf>.

¹⁹ Ecommerce Europe, ‘Policy recommendations on the role of online platforms in the e-commerce sector’ (2015) <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/04/Ecommerce-Europe-Online-platforms-Position-Paper-April-2016.pdf>.

²⁰ Forbes, ‘What Are Online Marketplaces And What Is Their Future?’ by Richard Kesternbaum (Apr 26, 2017) <<https://www.forbes.com/sites/richardkesternbaum/2017/04/26/what-are-online-marketplaces-and-what-is-their-future/#2b8a87bd3284>>; Google Merchant Center Help, ‘About marketplaces’ <https://support.google.com/merchants/answer/6363319?hl=en>.

not consolidated in a single piece of legislation, requiring the interpreter to search in different legal instruments, mainly Regulations, Directives, Fitness Checks and Consultation Papers, to have a better and broader understanding of the European framework²¹.

Regarding the first type of online platform service, the Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, which regulates Platform to Business (P2B) trading practices, search engine was defined as “digital service that allows users to input queries in order to perform searches of, in principle, all websites, or all websites in a particular language, on the basis of a query on any subject in the form of a keyword, voice request, phrase or other input, and returns results in any format in which information related to the requested content can be found”²².

Considering the second category of digital services, the Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019, amending Council Directive 93/13/EC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, states that online marketplace is “a service using software, including a website, part of a website or an application, operated by or on behalf of a trader which allows consumers to conclude distance contracts with other traders or consumers”²³.

²¹ There are two main legal sources for online search engines and online marketplaces, which will be further developed in the sixth section of this article: Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules; and Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

²² Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Text with EEA relevance) PE/56/2019/REV/1, OJ L 186, 11.7.2019, p. 57–79.

²³ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better

In the next section, we will explain how search queries and rankings can influence consumer behavior and purchasing decisions, which can be problematic if online platforms somehow manipulate or abuse search results for commercial interests.

3. The Role of Online Search Queries and Rankings in Decision-Making

Search engines and online marketplaces usually respond to user’s request upon entering a search query (in the form of a keyword, phrase or other input), matching and displaying numerous search results in a given sequence determined by algorithmic sequencing, rating or review mechanisms, visual highlights, or other saliency tools, or combinations thereof²⁴. Ranking search results leads, therefore, to the relative prominence of certain goods or services in relation to competing offers, influencing customers’ browsing behavior and purchase decisions²⁵. As digital shelf space gets scarcer and more competitive, online placement is prone to become an important competitive advantage and operational opportunity to enhance user’s experience²⁶.

In this context, scholars, economists and marketing experts have devoted significant efforts to understanding consumers’ propensity to

enforcement and modernization of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance) PE/83/2019/REV/1, OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

²⁴ Raluca M Ursu and Daria Dzyabura, ‘Retailers’ Product Location Problem with Consumer Search’ [2019] *Quantitative Marketing and Economics*; Siddhartha Sharma and Vibhanshu Abhishek, ‘Effect of Sponsored Listings on Online Marketplaces: The Role of Information Asymmetry’ [2017] *SSRN Electronic Journal*.

²⁵ Chonghui Guo, Zhonglian Du and Xinyue Kou, ‘Products Ranking Through Aspect-Based Sentiment Analysis of Online Heterogeneous Reviews’ (2018) 27 *Journal of Systems Science and Systems Engineering* 542; Kris Ferreira, Sunanda Parthasarathy and Shreyas Sekar, ‘Learning to Rank an Assortment of Products’ [2019] *SSRN Electronic Journal*.

²⁶ Michel Wedel and Rik Pieters, ‘Eye Fixations on Advertisements and Memory for Brands: A Model and Findings’ (2000) 19 *Marketing Science* 297; Anindya Ghose, Panagiotis G Ipeirotis and Beibei Li, ‘Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue’ (2014) 60 *Management Science* 1632.

select top-ranked links, called “ranking effect” or “position bias”²⁷. There is a sizeable theoretical and empirical literature on search engines that focus on the reasons why consumers are drawn to links shown at the top of search results, referring to visibility and prominence compared to products ranked towards the bottom of the page, as well as expected relevance of such results to search queries²⁸. This phenomenon is pushing businesses to implement innovative marketing strategies and build online presence to keep up with digital consumers, ranging from mobile, social media, analytics and cloud²⁹.

One of the studies used search histories on listings from a travel and accommodation website to assess clicking behavior, confirming consumers’ preference to higher ranked offers³⁰. According to DE LOS SANTOS and KOULAYEV, of all clicks on the first page, 22% went to the best ranked hotel, by contrast to 11% and 3% to the second and third offers, repeating this pattern in the following search results, with 19% of the clicks at the top of any page³¹. They also observed that the first links on any page obtained more clicks than the last link on the previous page, reinforcing consumer’s position bias as they tend to look at and trust top of the list offers by virtue

²⁷ Saravana Jaikumar, ‘How Do Consumers Choose Sellers In E-Marketplaces?: The Role of Display Price And Sellers’ Review Volume’ (2019) 59 *Journal of Advertising Research* 232; Sha Yang and Anindya Ghose, ‘Analyzing the Relationship Between Organic and Sponsored Search Advertising: Positive, Negative, or Zero Interdependence?’ (2010) 29 *Marketing Science* 602.

²⁸ The details of the algorithms used by search engines to determine the “relevance” of a link to a given search term are not known, but in general they employ many different factors to determine the relevance of a specific link to a given query: (a) How closely the webpage content matches the keywords entered in the search; (b) How many links redirect to a webpage; (c) how many “social recommendations” (‘likes’ obtained by a webpage or website on social media platforms) the page has.

²⁹ Weijia Dai and others, ‘Aggregation of Consumer Ratings: An Application to Yelp.Com’ (2018) 16 *Quantitative Marketing and Economics* 289; Andrey Fradkin, ‘Search, Matching, and the Role of Digital Marketplace Design in Enabling Trade: Evidence from Airbnb’ [2017] *SSRN Electronic Journal*; Oliver Hinz and Jochen Eckert, ‘The Impact of Search and Recommendation Systems on Sales in Electronic Commerce’ (2010) 2 *Business & Information Systems Engineering* 67.

³⁰ Babur I De los Santos and Sergei Koulayev, ‘Optimizing Click-Through in Online Rankings for Partially Anonymous Consumers’ [2011] *SSRN Electronic Journal*.

³¹ Babur I De los Santos and Sergei Koulayev, ‘Optimizing Click-Through in Online Rankings for Partially Anonymous Consumers’ [2011] *SSRN Electronic Journal*.

of their visibility and prominence, independently of their relevance to the search query³².

Still regarding travel and accommodation search engines, other researchers used detailed information on consumer searches, clicks and transactions to analyze how consumers search, evaluate choices and make purchase decisions³³. GHOSE et al. concluded that hotels ranked at the top of the search result list received, on average, 2.39 times more clicks compared with the second-ranked hotels and 3.42 times more compared with the third-ranked hotels – the same hotel in a higher screen position received significantly more clicks³⁴. They highlighted that ranking effects are even stronger on mobile devices, suggesting that this tendency may be linked to reduced screen size or different arrangement of search results³⁵.

Another report found that consumers are becoming increasingly less engaged in the search of goods or products and, consequently, proceeding to quick judgment of the assortment after viewing a few products – for instance, it is estimated that 70% of Amazon users do not go beyond the first page of search results³⁶. Moreover, in a customer segmentation analysis, experts identified two main groups of consumers: low-involvement customers or “satisficers”, those who click on an average of 1.22 links per search and settle with accessible offers; and high-involvement customers or “maximizers”, those who click on average four times as much as the first group and search for the optimal choice³⁷.

³² Babur I De los Santos and Sergei Koulayev, ‘Optimizing Click-Through in Online Rankings for Partially Anonymous Consumers’ [2011] SSRN Electronic Journal.

³³ Anindya Ghose, Panagiotis G. Ipeirotis, Beibei Li. ‘Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue’ [2014] *Management Science*, Articles in Advance, pp. 1–23.

³⁴ Anindya Ghose, Panagiotis G. Ipeirotis, Beibei Li. ‘Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue’ [2014] *Management Science*, Articles in Advance, pp. 1–23.

³⁵ Anindya Ghose, Panagiotis G. Ipeirotis, Beibei Li. ‘Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue’ [2014] *Management Science*, Articles in Advance, pp. 1–23.

³⁶ Forbes, ‘Amazon SEO: Seven Factors For Ranking Highly On Amazon’ by Kenny Tripura (2018) <<https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2018/07/18/amazon-seo-seven-factors-for-ranking-highly-on-amazon/#75d713949aaf>>.

³⁷ Sahar Karimi, K Nadia Papamichail and Christopher P Holland, ‘The Effect of Prior Knowledge and Decision-Making Style on the Online Purchase Decision-Making Process:

According to the aforementioned studies, low-involvement customer or “satisficers” represent 94% of the total group; whereas high-involvement customers or “maximizers” amount to the other 6%, which demonstrates that the majority of consumers are prone to make impulsive and comfortable choices, spending limited time searching for products³⁸. Ranking effect may vary by sector and specific consumer characteristics, such as age, gender, nationality and other personal biases³⁹. That said, it is undeniable the influence of online placement in consumers’ browsing behavior and purchase decisions, as 40 to 65% of the total number clicks are attributed to the top three links⁴⁰.

Aware of the importance of a high rank of goods and services for commercial success, most search engines and online marketplaces now offer the possibility to display paid advertisements or optimize specific keywords, including Google, the market leader in the EU and in most Western countries⁴¹. It is estimated that such marketing tools account for more than 25% of the total online marketing budget of companies, likely to become even more expressive with the rise of e-commerce⁴². In this context, transforming online placement into a “commodity” may lead to excessive advantage to already well-established players in the market

A Typology of Consumer Shopping Behaviour’ (2015) 77 *Decision Support Systems* 137); Kinshuk Jerath, Liye Ma and Young-Hoon Park, ‘Consumer Click Behavior at a Search Engine: The Role of Keyword Popularity’ [2012] *SSRN Electronic Journal*.

³⁸ Sahar Karimi, K Nadia Papamichail and Christopher P Holland, ‘The Effect of Prior Knowledge and Decision-Making Style on the Online Purchase Decision-Making Process: A Typology of Consumer Shopping Behaviour’ (2015) 77 *Decision Support Systems* 137); Kinshuk Jerath, Liye Ma and Young-Hoon Park, ‘Consumer Click Behavior at a Search Engine: The Role of Keyword Popularity’ [2012] *SSRN Electronic Journal*.

³⁹ Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

⁴⁰ Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

⁴¹ Benjamin Edelman, Michael Ostrovsky and Michael Schwarz, ‘Internet Advertising and the Generalized Second Price Auction: Selling Billions of Dollars Worth of Keywords’ (National Bureau of Economic Research 2005); Siddhartha Sharma and Vibhanshu Abhishek, ‘Effect of Sponsored Listings on Online Marketplaces: The Role of Information Asymmetry’ [2017] *SSRN Electronic Journal*.

⁴² Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

in comparison to small and medium-sized enterprises (SMEs), creating monopoly-like situations⁴³.

Not only such marketing resources may reduce competition, but also mislead consumers and engender distrust in online platforms, as search results would be biased/not neutral due to paid placements and promotions of own products – and not organic search results according to their query⁴⁴. Findings confirm that paid search results increase click-through rates and often conversion rates, increasing from 7% to 20% the click-rate of a given offer⁴⁵. Therefore, by altering organic search results, search engines and online marketplaces are predetermining consumers’ decisions and giving power to third parties to induce behaviors and shape preferences⁴⁶.

In the following section, we will address unfair commercial practices and competition law issues in view of online platforms practices and digital marketing tools.

4. Position Bias, Unfair Commercial Practices and Competition Law

Ranking is a critical element to influence web-based consumer choice of products and services, considering that the links at the top of the page tend to be clicked on more often by consumers⁴⁷. Such phenomenon is

⁴³ WH van Boom, Amandine Garde and N Orkun Akseli (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems* (Ashgate 2014); Adam Candeub, ‘Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust’ [2014] SSRN Electronic Journal.

⁴⁴ Saravana Jaikumar, ‘How Do Consumers Choose Sellers In E-Marketplaces?: The Role of Display Price And Sellers’ Review Volume’ (2019) 59 *Journal of Advertising Research* 232; Sha Yang and Anindya Ghose, ‘Analyzing the Relationship Between Organic and Sponsored Search Advertising: Positive, Negative, or Zero Interdependence?’ (2010) 29 *Marketing Science* 602.

⁴⁵ Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

⁴⁶ Bar Ifrach and Ramesh Johari, ‘The Impact of Visibility on Demand in the Market for Mobile Apps’ [2014] SSRN Electronic Journal; Anindya Ghose, Panagiotis G Ipeirotis and Beibei Li, ‘Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue’ (2014) 60 *Management Science* 1632.

⁴⁷ Saravana Jaikumar, ‘How Do Consumers Choose Sellers In E-Marketplaces?: The Role of Display Price And Sellers’ Review Volume’ (2019) 59 *Journal of Advertising Research* 232; Sha Yang and Anindya Ghose, ‘Analyzing the Relationship Between Organic and Sponsored

called “ranking effect” or “position bias”, which accounts the disproportionate attraction to links positioned near the top of the screen to relevance and visibility in search results⁴⁸. According to the literature, the ten highest-ranking generic search results on page 1 together generally receive approximately 95% of all clicks on generic search results, whereas the first result on page 2 of Google’s generic search results receives only about 1% of all clicks⁴⁹.

Given the cross-border potential of transactions facilitated by search engines and online marketplaces, special attention must be given to potentially unfair and harmful commercial practices, which can be detrimental to the proper functioning of the Union’s internal market in today’s economy – however, imposing excessively restrictive measures would not be ideal either⁵⁰. In this context, there is a variety of (harmless) marketing techniques being employed by companies in order to improve their online placement, such as keyword advertising, behavioral adverts, “adver-games”, price comparison listings, chat room promotion, price personalization and profiling⁵¹.

In addition, there are two noteworthy marketing tools: firstly, the Search Engine Optimization (SEO) is widely used by companies that do not want to pay for search engines or online marketplaces to optimize specific keywords to rank higher on search engine’s organic search results without, considering, among other criteria, search volume, relevance

Search Advertising: Positive, Negative, or Zero Interdependence?’ (2010) 29 *Marketing Science* 602.

⁴⁸ Saravana Jaikumar, ‘How Do Consumers Choose Sellers In E-Marketplaces?: The Role of Display Price And Sellers’ Review Volume’ (2019) 59 *Journal of Advertising Research* 232; Sha Yang and Anindya Ghose, ‘Analyzing the Relationship Between Organic and Sponsored Search Advertising: Positive, Negative, or Zero Interdependence?’ (2010) 29 *Marketing Science* 602.

⁴⁹ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁵⁰ WH van Boom, Amandine Garde and N Orkun Akseli (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems* (Ashgate 2014); Adam Candeb, ‘Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust’ [2014] *SSRN Electronic Journal*.

⁵¹ Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

and competition⁵². Secondly, paid search or keyword advertising allow companies to place bids to appear on a prominent position or to enhance matching patterns when consumers enter certain keywords, usually charged on a cost per click basis, but also on the basis of the number of purchases generated⁵³.

Keyword advertising is one of the earliest and most common methods of marketing, enabling businesses to have their products displayed at the top of or on the right side of the search results page – often marked as “sponsored” or “ad”, although some online platforms are still resistant in providing such information to consumers⁵⁴. Google is a well-known example of a search engine that sells digital shelf space through paid search advertising, using Google AdWords, a popular advertising program in which users can draft short adverts and choose relevant keywords that allow paid advertisements to be higher ranked when users enter a matching search query, combining generic and specialized search algorithms⁵⁵.

Furthermore, as search engines and online marketplaces are gradually starting to merge and develop new services, concerns regarding unfair competition practices and market dominance, abuse are becoming more imminent⁵⁶. Although market dominance is not illegal in the EU legal framework, it is a well-established obligation imposed to dominant companies

⁵² Competition and Markets Authority, ‘Online search: Consumer and firm behavior – A review of the existing literature’ (2017).

⁵³ “Comparison shopping services paid between EUR 0.03 and EUR 0.28 per visit for traffic from AdWords in 2014; whereas the cost of generic search traffic from Google’s general search results pages (the spending on Search Engine Optimisation) was less than EUR 0.015 per visit in 2014”. Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁵⁴ Hongshuang Li, Pallassana Kannan, Siva Viswanathan and Abhishek Pani, ‘Attribution Strategies and Return on Keyword Investment in Paid Search Advertising’ (2015). Marketing Science, forthcoming.; Kelley School of Business Research Paper No. 16-31.

⁵⁵ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁵⁶ Christian Bergqvist, ‘Discrimination and Self-Favoring in the Digital Economy’ [2020] SSRN Electronic Journal; Marco Botta and Klaus Wiedemann, ‘To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance’ [2019] SSRN Electronic Journal.

not to abuse their powerful market position by restricting competition, either in the market where they are dominant or in separate markets⁵⁷. Otherwise, there would be a constant risk that a dominant company would use this market power to expand its dominance in the original sector or leverage it into new markets⁵⁸.

This concern was addressed by the European Commission (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)) when Google Inc. and Alphabet Inc. were fined on €2.42 billion for abusing dominance in the European Union as a search engine by giving illegal advantage to its own comparison shopping service⁵⁹. It was said that Google leveraged its extensive penetration and large traffic to enter a separate market and promote its comparison shopping services in the search results – understood as specialized search services that centralize offers from different online retailers and online marketplaces, providing comparisons driven by user input criteria, such as price, relevance and ratings⁶⁰.

In this case, advertised products were prominently displayed at the top of the search results, or sometimes in a reserved space on the right side of the page, placed above the organic search results⁶¹. For instance, when a consumer entered a search query into the search engine, offers from Google's comparison shopping service appeared in a more favorable position than competing service, which were subject to generic search algorithms and could be demoted by the search engine – lowering a search entry's rank

⁵⁷ Andrea Renda, 'Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google' (2015) Centre for European Policy Studies Special Report 118.

⁵⁸ Eric Goldman, 'Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism' (2005) Yale Journal of Law & Technology, 2005-2006; Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 06-08; Marquette University Law School Legal Research Paper No. 06-20.

⁵⁹ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶⁰ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶¹ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

in Google’s search result⁶². According to evidence gathered by experts, “even the most highly ranked rival comparison shopping service appears on average only on page four of Google’s search results, and others appear even further down”⁶³.

The Commission referred to Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union⁶⁴ and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area⁶⁵, which prevent abusive practices that may cause damage to consumers directly and indirectly through their impact on an effective competition structure. Such legal instruments reinforce the prohibition of abuse or undertakings of a dominant position which enables a certain party to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of its consumers⁶⁶.

Moreover, it was highlighted that, as comparison shopping services demand traffic, more traffic would lead to more clicks and revenue and, therefore, attract more companies interested in displaying and advertising

⁶² Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶³ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390. Article 102 (ex Article 82 TEC): Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

⁶⁵ Agreement on the European Economic Area – Final Act – Joint Declarations – Declarations by the Governments of the Member States of the Community and the EFTA States – Arrangements – Agreed Minutes – Declarations by one or several of the Contracting Parties of the Agreement on the European Economic Area. OJ L 1, 3.1.1994, p. 3–522. Article 54: Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the territory covered by this Agreement or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement in so far as it may affect trade between Contracting Parties.

⁶⁶ Pernille Wegener Jessen and others, *Regulating Competition in the EU* (2016 edition, Kluwer Law International BV 2016). Mark-Oliver Mackenrodt (ed), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (Springer 2008).

their products⁶⁷. Google has the advantage to hold a large share of the market in most of the EU Member States, ranging from 80% in desktops to almost 95% in mobile devices, which could lead to the use its profits and data gathered from consumers to improve results and generate more traffic, in a spiral of dominance⁶⁸. In this sense, by positioning and displaying more favorably Google's own comparison shopping service, other market players never had equal chances to enter and expand its activities in this sector.

Therefore, taking advantage of the fact that usually top entries in search listings get the preponderance of clicks (the so-called ranking effect), to enhance self-preferencing or obtain commercial advantages is a phenomenon that deserves special attention from competition authorities⁶⁹. Indeed, this type practice, in which trader's fail to provide clear information and disclose commercial interest regarding the order in which search results are displayed, can (and should) be considered unfair commercial practices, as consumers may be unaware of such techniques and believe that search results are always organic and denote relevance to their search query⁷⁰.

Recently, the Italian Competition Authority (ICA) investigated a case of possible abuse of dominant market position involving another major online platform: Amazon (A528 – FBA AMAZON)⁷¹. In its preliminary findings, the competent authority identified possible abusive practices, as some Amazon's companies – in particular Amazon Services Europe, Amazon Europe Core, Amazon EU, Amazon Italia Services and Amazon Italia

⁶⁷ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶⁸ Commission Decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).

⁶⁹ Beata Mäihäniemi, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets* (Edward Elgar Publishing Limited 2020); Bruce Wardhaugh, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition* (Hart 2020).

⁷⁰ Beata Mäihäniemi, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets* (Edward Elgar Publishing Limited 2020); Bruce Wardhaugh, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition* (Hart 2020).

⁷¹ Reuters, 'Italy's competition watchdog launches probe into five Amazon companies' (Apr 16, 2019) <https://www.reuters.com/article/us-italy-amazon-antitrust/italys-competition-watchdog-launches-probe-into-five-amazon-companies-idUSKCN1RS0T3>.

Logistica – were allegedly giving prominence and preferential exposure to traders that also subscribed to Amazon’s logistics service, resulting in unfair profit in detriment of consumer rights, namely transparency and information rights⁷².

In the next section, we will better understand why transparency and information are fundamental requirements to ensure consumer protection in the online environment, a suitable place to scale the information asymmetry between online platforms and consumers (or businesses).

5. Transparency and Information Requirements in Consumer Protection

Considering the importance of ranking when consumers decide which offer to select or product to buy, transparency and information are essential to ensure a fair and balanced Digital Single Market. According to The Platform Transparency Study, first ranked products have a 47% higher chance of being chosen than other products on the same list, once around 80% of consumers only look at the first page of search results⁷³. However, when online platforms are more transparent and provide specific information regarding ranking criteria – for example, price, distance or consumer ratings –, consumers are more likely to make a purchase, with an increase of 115%, building more trust in their commercial practices and, consequently, a growth in transactions⁷⁴.

To a certain extent, search engines and online marketplaces have the freedom to decide how to manage their businesses; that said, they are not entitled to hide commercial practices that may directly or indirectly affect and harm consumers, such as general ranking parameters and their relative

⁷² Italian Competition Authority, A528 – FBA AMAZON/Provvedimento n. 27623 (2019). [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/\\$File/p27623.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/$File/p27623.pdf).

⁷³ European Commission, ‘Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms’ (2016) Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea) on behalf of Directorate-General for Justice and Consumers.

⁷⁴ European Commission, ‘Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms’ (2016) Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea) on behalf of Directorate-General for Justice and Consumers.

importance⁷⁵. According to scholars, transparency is an obligation to disclose (or not omit) certain information deemed needed by consumers to improve informed decision making before, during or after commercial transactions⁷⁶. Considering this major element of EU consumer law, consumers are entitled to have information beforehand making a choice, especially the elements that influence the order and presentation of search results⁷⁷.

Online platforms should outline the main parameters determining ranking, enhancing transparency by allowing users to better understand the functioning of the search result algorithms and to enable them to compare different ranking practices⁷⁸. This description does not have to disclose the content of algorithm – usually protected as a trade secret – or be presented in a customized manner for each individual search query, but it should contain at least sufficient details to allow consumers to identify paid advertisements or payments for achieving higher ranking of products within the search results⁷⁹. It should also refer to general criteria,

⁷⁵ Chris Willett and Martin Morgan-Taylor, 'Recognising the Limits of Transparency in EU Consumer Law' in James Devenney and Mel Kenny (eds), *European Consumer Protection* (Cambridge University Press 2012). Christoph Busch, 'Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy' (November 30, 2018). Forthcoming in: Marta Cantero Gamito & Hans-Wolfgang Micklitz (eds.) *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar 2019.

⁷⁶ Beata Mäihäniemi, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets* (Edward Elgar Publishing Limited 2020); Bruce Wardhaugh, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition* (Hart 2020).

⁷⁷ European Commission, 'Consumer Market Study to support the Fitness Check of EU consumer and marketing law' (2017) Luxembourg: Publications Office of the European Union; European Commission, 'Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms' (2016) Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea) on behalf of Directorate-General for Justice and Consumers.

⁷⁸ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance) PE/83/2019/REV/1 OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

⁷⁹ Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (2018) 15 *European Union Private Law Review* (GPR) 166-175. Marco Loos, 'The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone after All' [2019] SSRN Electronic Journal.

processes, specific signals incorporated into algorithms or other adjustment or demotion mechanisms⁸⁰.

At the EU level, information requirements can be found in both Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market; and Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market. Furthermore, the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights reinforce this requirement and impose the obligation to disclose the “main parameters determining the ranking of products presented to the consumer as a result of the search query and the relative importance of those parameters, as opposed to other parameters”⁸¹.

As for transparency requirements, they are enshrined in Article 5 of the Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, as well as in Recitals 4, 8, 22 and 24 to 28, covering the relationship between traders and online intermediation services⁸². Now, Directive (EU) 2019/2161 introduced amendments in Directive 2005/29/EC and Directive 2011/83/EU, extending transparency and information rights to consumers and including the failure to clearly identify paid advertisement or payment specifically for achieving higher ranking of products within the search results as an unfair commercial practice – which was confirmed in the public consultation for the Fitness Check⁸³.

⁸⁰ Directive (EU) 2019/2161, Recital 22.

⁸¹ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance OJ L 304, 22.11.2011, p. 64–88.

⁸² Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Text with EEA relevance) PE/56/2019/REV/1 OJ L 186, 11.7.2019, p. 57–79.

⁸³ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance) PE/83/2019/REV/1 OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

Due to the fast pace of the digital environment, most consumers only pay attention to the top-ranking offers⁸⁴. Aware of this position bias, search engines and online marketplaces often take advantage of consumers and manipulate ranking and search results to meet commercial interests, disregarding fundamental consumer law requirements: transparency and information⁸⁵. As regards to such unfair commercial practices, EU lawmakers enacted new legislation imposing on online platforms the duty to inform consumers of search queries and ranking methods.

In the following section of this article, we will provide a brief overview of the main provisions of Directive (EU) 2019/2161 on the better enforcement and modernization of consumer protection rules.

6. EU Regulatory Framework and Directive (EU) 2019/2161

In the EU, the modernization of consumer protection rules was pushed by an increasing societal demand. After the 2017 Fitness Check of EU Consumer and Marketing law carried out by the European Commission in 2016 and 2017, several gaps were identified in national consumer legislations due to breaches in the transposition of previous Directives and new digital tools⁸⁶. In 2018, the European Commission presented a regulatory package with two Directives and a horizontal Communication, aiming aims to ensure the protection and enforcement of consumer rights and create conditions for a fairer market⁸⁷.

⁸⁴ Manyi Chen, Qi Wang and Hongzhi Liu, 'Matching Relationships Between Consumer Psychology and Digital Goods Rankings' in Runtong Zhang and others (eds), *LISS 2013* (Springer Berlin Heidelberg 2015); Yu-Ping Chiu and Shu-Chen Chang, 'Using Eye-Tracking to Measure the Influence of Banner Ads' *Browsing Behavior and Attitude on Host Websites*' (2020) 16 *Contemporary Management Research* 35.

⁸⁵ Christian Twigg-Flesner, 'The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond' (2018) 7 *Journal of European Consumer and Markets Law* 222-233. Christian Twigg-Flesner, 'Bad Hand? The 'New Deal' for EU Consumers' (2018) 15 *European Union Private Law Review (GPR)* 166-175.

⁸⁶ European Commission, 'Inception Impact Assessment: A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive' (2017); European Commission, 'Consultation Strategy: A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive' (2017).

⁸⁷ European Commission, 'Commission Staff Working Document: Report of the Fitness Check' (2017); European Commission, 'Consumer Market Study to support the Fitness Check of EU consumer and marketing law' (2017).

As part of the EU’s “New Deal for Consumers”, the Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC (“Unfair Contract Terms Directive”) and Directives 98/6/EC (“Price Indication Directive”), 2005/29/EC (“Unfair Commercial Practices Directive”) and 2011/83/EU (“Consumer Rights Directive”) of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules came into force earlier this year. Member States have two years to transpose this set of rules into national law, due to 28 May 2022⁸⁸.

The so-called Enforcement and Modernization Directive reinforces transparency and information requirements already well established in other legislations. In accordance to the widely discussed ranking effect or position bias in online platforms, legislators also identified possible impact on consumers when ranking higher or giving prominence to certain offers of traders⁸⁹. It defines ranking as “the relative prominence of the offers of traders or the relevance given to search results as presented, organized or communicated by providers of online search functionality, including resulting from the use of algorithmic sequencing, rating or review mechanisms, visual highlights, or other saliency tools, or combinations thereof”⁹⁰.

Regarding transparency, as already mentioned in the previous section, the Enforcement and Modernization Directive introduced the duty to disclose the main parameters determining ranking in the Unfair Commercial Practices Directive – although Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council already established such requirements, it only applies between traders and online intermediaries (and not consumers)⁹¹.

⁸⁸ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance) PE/83/2019/REV/1 OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

⁸⁹ Directive (EU) 2019/2161, Recital 18.

⁹⁰ Directive (EU) 2019/2161, Recital 19.

⁹¹ Christian Twigg-Flesner, ‘The EU’s Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond’ (2018) 7 *Journal of European Consumer and Markets Law* 222-233. Christian Twigg-Flesner, ‘Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers’ (2018) 15 *European Union Private Law Review* (GPR) 166-175.

In this context, EU lawmakers extended this obligation to ensure adequate transparency towards the consumers, forcing online platforms to make available “in an easily and publicly available description, drafted in plain and intelligible language, the most significant parameters in determining ranking and their relative importance”⁹².

Furthermore, it was remarked that, in order to comply with the transparency requirement, traders are “not required to disclose the detailed functioning of their ranking mechanisms, including algorithms”⁹³, as “a general description of the main parameters determining the ranking that explains the default main parameters used by the trader and their relative importance”⁹⁴ is sufficient for consumers to make informed decisions – without prejudice to Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council⁹⁵.

The Directive also states that information concerning ranking parameters, including direct or indirect (in the form of the acceptance by a trader of additional obligations towards the provider of the online search functionality of any kind which have higher ranking as its specific effect) payments for a higher ranking of a product within the search results, should be made available in a specific section of the online interface in an easily accessible and intelligible form⁹⁶. However, EU legislators did not establish a clear criterion for “relative importance” of the main parameters and “easily accessible”, leaving a gap as to when and where the information must be given.

Moreover, a special provision on goods and services, such as travel, accommodation and leisure activities, offered by different traders or by consumers, established the duty to inform consumers about the default main parameters determining the ranking of offers presented to the consumer as a result of the search query and their relative importance as opposed to other parameters, in a succinct form and easily, prominently and directly

⁹² Directive (EU) 2019/2161, Recital 21.

⁹³ Directive (EU) 2019/2161, Recital 23.

⁹⁴ Directive (EU) 2019/2161, Recital 23.

⁹⁵ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure OJ L 157, 15.6.2016, p. 1.

⁹⁶ Directive (EU) 2019/2161, Recital 20.

available⁹⁷. This means that parameters determining the ranking should not be hidden in exhaustive Terms of Service; instead, the general criteria, processes, specific signals incorporated into algorithms or other adjustment or demotion mechanisms used in connection with the ranking should be public and understandable to consumers.

The failure to disclose such information is now addressed in Directive 2005/29/EC (as amended by Directive (EU) 2019/2161), prohibiting practices where a trader provides information to a consumer in the form of search results in response to the consumer’s online search query without disclosing any paid advertising or payment specifically for achieving higher ranking of products within the search results⁹⁸.

7. Final Remarks

In this article, we analyzed different aspects of search engines and online marketplaces, including their power to influence and harm consumers through unfair commercial practices. Over the years, the Union has worked towards ensuring the protection of consumer rights, which can be observed in the numerous Directives and Fitness Checks on consumer law. Despite such efforts, when it comes to the enforcement of such instruments, we believe that the EU consumer law framework still lacks effectiveness, leading us to question the actual potential and concrete results of the Enforcement and Modernization Directive. The so-called “New Deal for Consumers” (or better, should it even be called a “New Deal”?) may provide guidance for Member States and businesses on how to operate in the Digital Age, but hardly will offer expressive changes to the EU’s approach to consumer protection and transparency of online platforms practices.

⁹⁷ Directive (EU) 2019/2161, Recital 22

⁹⁸ Directive 2005/29/EC (as amended by Directive (EU) 2019/2161), Annex I – 11a. Providing search results in response to a consumer’s online search query without clearly disclosing any paid advertisement or payment specifically for achieving higher ranking of products within the search results.

Burden of proof of (lack of) conformity in Directive 2019/770: A comparison with Directive 2019/771

HELENA GONÇALVES DE LIMA

I. Introduction. II. The burden of proof rationale in Consumer Law: in particular, in the case of smart goods, digital content and digital services. III. Comparison between the two articles. 1. The supply/delivery as the time of the establishment of conformity. 2. Burden of proof of the lack of conformity. 2.1. General rule. 2.2. The traders'/sellers' burden to prove the conformity in contracts of continuous supply. 2.3. Specific cases where there is a presumption of lack of conformity. 2.3.1. Incorrect integration/installation. 2.3.2. Failure to supply updates or defective or incomplete updates. 3. Burden of proof of the anteriority of the lack of conformity. 3.1. General rule. 3.2. Reversal of the burden of proof in traders'/sellers' favor. 3.2.1. Non-compatibility of the consumer's digital environment. 3.2.1.1. Special requirements. 3.2.2. Consumer non-cooperation. 3.2.2.1. Balanced approach. 3.2.3. No installation of updates by the consumer. 3.2.3.1. Special requirements. 3.3. Time limits. 3.3.1. Nature of the act of fulfillment of the obligation. 3.3.1.1. Single act or series of individual acts of supply. 3.3.1.2. Continuous supply. 4. Member States' possibility to extend the time limit of Article 11(1) SGD and the need to include such a possibility in DCD. IV. Comparative Law: the decrease in consumer protection in some European jurisdictions and the decrease in others. V. Conclusion.

Abstract: This article examines the burden of proof of lack of conformity in both directives, and highlights the misalignment between traders' liability and the burden of proof of the anteriority of the non-conformity set in Directive 2019/770. This article shows that while a legal vacuum was filled, some negative aspects were also brought such as the greater protection afforded to consumers of goods and smart goods at the expense of those acquiring digital content and services.

Keywords: *Digital content; Digital services; Smart goods; Digital environment; Burden of proof; Conformity; Consumers.*

I. Introduction

On 20 May 2019, a legislative package was published in the Official Journal of the Union, as part of the Single Digital Market Strategy. These were Directive 2019/770, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, and Directive 2019/771, on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC. Member States must adopt and publish national legislation implementing it by 1 July 2021, and it will enter into force by 1 January 2022.

These directives are extremely important considering the exponential growth in digital consumption, Directive 2019/770 being of prime importance as it came to fill the legal vacuum that the Union was facing in this field. Thus, the Digital Content Directive (2019/770) – or DCD – changed the product concept and came to protect consumers of digital content and services against their suppliers.

Both Articles 12 DCD and 11 of the Sale of Goods Directive (SGD) deal with the burden of proof of non-conformity and its anteriority, a key issue for an effective enforcement of consumer rights, since they present extreme technical vulnerability.

Article 11 SGD places the burden of proof of lack of conformity on consumers when it comes to goods or goods with digital elements. But one caveat is made: when it comes to goods with digital elements supplied continuously, it is established that the burden of proof will be on professionals' side. In an equal logic, Article 12 DCD charges consumers with the proof of non-conformity of the content or service provided through a single act or series of individual acts and the professional where situations of continuous supply are in place. When it comes to time limits, SGD provides that the presumption of prior non-conformity lasts one year for both goods and goods with digital elements – with the possibility of a two-years extension –, or for the contract period when goods with digital elements are the object of a continuous supply contract. In turn, DCD stipulates this period in one year for single act or individual acts of supply, or for the whole duration of the contract of continuous supply.

The focus of this article is on the analysis of the burden of proof of non-conformity and its anteriority in both directives, with special regard

to the misalignment between traders' liability and the presumption of non-conformity established on DCD. It is important to highlight that the scope of this article is not whether the obligation to supply or delivery has been fulfilled, as this is distinct from the obligation to supply in conformity.

This article will consider, in Section II, the burden of proof rationale in Consumer Law, especially when it comes to goods with digital elements (smart goods) and digital content and services. Section III will then carry out a comparative analysis between the two provisions. Lastly, Section IV will make a Comparative Law analysis, listing those Member States that will experience an improvement in consumer rights regarding burden of proof, and those where this protection will decrease.

II. The burden of proof rationale in Consumer Law: in particular, in the case of smart goods, digital content and digital services

The burden of proof, or *onus probandi*, is the duty of one of the parties to produce evidence on a certain fact. According to the Portuguese Civil Code, the burden of proof lays in the person who claims a right, while it is for the counterparty to prove the facts which obstruct, modify or extinguish that right¹. The burden of proof theory can also be designed as the theory of the effects of lack of evidence. Bearing the burden of proof does not mean that one has the exclusivity of the evidence. Either the court or the counterparty can also produce it. It means, so to speak, that it is advisable to have the initiative of the evidence in order to avoid the consequence of the lack of proof, which leads some scholars to prefer the expression 'burden of the initiative of proof'².

Regarding sales, if we followed the classical orientation, this would imply that the buyer would be the one to prove the defect. Therefore, the Civil Code does not deal directly with the burden of proof in consumer relations which are characterized precisely by the fact that the one who comes to invoke a right is not in the best position to prove it. It is an unbalanced relationship in which one of the parties, the professional, has access to much more information due to the greater pool of resources available to

¹ Portuguese Civil Code 1966, Article 342.

² ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, Vol. 1 (1st edn., Almedina 2017), p. 421.

him. This argument has been confirmed by the European Union case law on *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten*³.

Recital 59 DCD confirms this tendency by stating that “while it is for the consumer to provide evidence that the digital content or digital service is not in conformity, the consumer should not have to prove that the lack of conformity existed at the time of supply (...) or (...) during the duration of the contract” depending on the type of supply – one-off or continuous supply. SGD goes in the same direction in Recital 45. With relation to smart goods, digital content and services, this burden of proof’s structure is of utmost importance. Recital 59 DCD explains us that this option to lay the burden of proof in the trader was taken given the fact that this kind of products are highly complex and that the trader has a better knowledge, access to know-how, to technical information and to high-tech assistance. A less pointed out, but equally pragmatic reason, is the one put forward by SERGIO CÁMARA LAPUENTE, who considers that this is a way of preventing consumers from facing probatory difficulties in a scenario where the agents of the distribution chains blame each other⁴. VANESSA MAK also highlights the weaker bargaining position of consumers, due to the complex nature of such products and the better knowledge and expertise of suppliers⁵.

III. Comparison between the two articles

1. *The supply/delivery as the time of the establishment of conformity*

Recital 37 SGD stresses that a clear definition of the time when the conformity is to be assessed is critical to enhance legal certainty for both consumers and sellers.

³ Case C-497/13 *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten* [2015].

⁴ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015” [2016] 3 *InDret* <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1242.pdf>> accessed 29 February 2020 48.

⁵ VANESSA MAK, “The new proposal for harmonized rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. In-depth analysis” (PE 536.494, 2016) 21.

As such, Article 12 (1 to 3) DCD provides that the time for the establishment of conformity is the time of supply, since it is the traders' main contractual obligation⁶. Hence, traders' liability is limited to any non-conformity underlying the time of supply.

This follows that, it is necessary to clarify the moment in which the digital content is deemed as have been "delivered" to the consumer⁷. This will, then, occur at the moment when the digital content or service "has reached the sphere of the consumer and no further action is required by the trader in order to enable the consumer to use the digital content or digital service in accordance with the contract"⁸. In order to reach an alignment with what was previously provided by Directive 1999/44/EC, which refers to delivery as the time for the establishment of conformity in Articles 3(1) and 5(1 and 3), it was suggested, hence, that digital content and services should be treated as if they were tangible goods, fictioning that the moment of supply is that point in time at which it reaches the consumers' device or a third party intermediary chosen by them⁹.

Nevertheless, Recital 55 DCD pinpoints that, as digital content and services can be supplied through different points in time, "it is appropriate that the relevant time for the purpose of establishing conformity of the digital content or digital service be determined in the light of those different types of supply". Therefore, in continuous supply, the assessment of conformity is to be made within the period during which the digital content or service is to be supplied. And regarding series of individual acts of supply, we will apply the same rule as for single acts of supply, i. e., "the

⁶ Recital 41 DCD.

⁷ Council of the European Union, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading) – Policy debate" (Interinstitutional File) COD (9768/16) 2015/0287 para. 22.

⁸ And Recital 41 DCD also states that when a third party is chosen by the consumer to receive the digital content or digital service, such as an electronic platform or a cloud storage facility, "it should be sufficient for the trader to supply the digital content or digital service to that third party", unless it cannot be considered to be chosen by the consumer and he cannot access the content or service.

⁹ Council of the European Union, "Proposal ... (First reading) – Policy debate", *op. cit.*, para. 23.

trader should only be liable for any lack of conformity which exists at the time when (...) each individual act of supply takes place”¹⁰.

Article 11(1) SGD, dealing with tangible goods and smart goods, defines the delivery as the time of the establishment of conformity. Accordingly, Recital 33 highlights that “the seller should be obliged to deliver to the consumer goods which are in conformity at the time of delivery”, and that, therefore, ‘the relevant time for assessing the conformity of the goods should be the time when the goods are delivered” (Recital 37). The latter referred recital also states that the same rule is applicable to goods with embedded digital content or services which are supplied in a single act. In turn, number 3, in connection with Article 10(2), deals with smart goods whose digital content or services are supplied on a continuous basis, establishing once more the delivery criterion.

Recital 37 once again stresses that the relevant time is the period in which the content or service is to be supplied, starting from the time of delivery. Nevertheless, regarding smart goods, we also must pinpoint the time at which delivery is considered to occur. In this regard, Recital 39 states that, in order to assure a uniform starting point, delivery is considered to have occurred when both the physical components have been delivered and the digital content has started being supplied (in both single act and continuous supply). Hence, the supply is the chosen criterion for delivery to be considered to have occurred, and it takes place, once again, when the digital content or service has reached the consumers’ sphere and no further action is required by the seller, for instance installation¹¹. This was the approach chosen by the Union legislator once ”in many cases the consumer is unable to notice a defect in the physical component before the digital content or digital service is supplied”¹². Installation may, then, also be the criterion for considering that digital content or service has reached consumers’ sphere. As Recital 40 explains, when installation is required, “the goods should be considered to be delivered to the consumer when the installation is complete”. This is then applicable to both traditional and smart goods.

¹⁰ Recital 56 DCD.

¹¹ Recital 40 SGD.

¹² Recital 39 SGD.

2. Burden of proof of the lack of conformity

2.1. General rule

Albeit this article's scope is not the proof of non-performance of the contract, a few brief considerations must be taken in this regard. In the absence of supply what we have is a complete non-performance of the contract. In this hypothesis, Article 12(1) DCD provides that the burden of proof "with regard to whether the digital content or digital service was supplied in accordance with Article 5 shall be on the trader"¹³. In other words, it is up to the professional to prove that the digital content or services were supplied. It is not the consumer who has to prove that there was no supply. The general rule of the Portuguese Civil Code mentioned previously is not, once again, applicable. Having that said, and once this very same provision finds no correspondent on the SGD, the general rule will be applicable.

Regarding the burden of proof of the lack of conformity, we have a distinction according to the nature of the act of fulfillment of the obligation: single act or series of individual acts of supply; or continuous supply.

The general rule coincides with the one applicable to single acts or series of individual acts of supply or delivery, which establishes that it is for consumers to allege lack of conformity while professionals shall prove that no disconformity existed at the time of supply/delivery [Articles 12(2) DCD and 11(1) SGD]. If successful in doing so and being consumers unable to free themselves from the burden now on them, the lack of conformity will no longer be presumed to have existed at that time. Thus, by determining that the object of the contract was in conformity at the time of its supply or delivery, this means that the judge, in such a *non liquet* situation, will decide in professionals' favor, since it is for consumers to bring all the facts that demonstrate non-conformity. The unresolvable doubt is solved by the burden of proof distribution rules, being the consequences of the lack of proof imputed to the party that cannot demonstrate it. In other words, "if the seller sheds enough doubt that the non-conformity did not exist at the

¹³ As provided in Article 5(1) DCD, the digital content or service must be supplied "without undue delay if no time limit has been set by the parties". Number 2 explains that traders fulfill their supply obligation when the object of the contract is accessible or available to consumers.

time of delivery, the buyer must still provide the necessary proof that it did”¹⁴. JAN SMITS considers that “the provision does greatly strengthen the position of the consumer [because] In practice it will be difficult for the seller to prove that the defect did not already exist at the time of delivery”¹⁵. But the same does not happen when a situation of continuous supply is in place as we will see.

2.2. The traders’/sellers’ burden to prove the conformity in contracts of continuous supply

According to Articles 12(3) DCD and 11(3) SGD, when the obligation object of the contract is a continuous supply, the burden of proof rests with the professional, i. e., it is the professional who must prove the conformity with the contract at the time of supply or delivery. This means that if there is a shortage of evidence and judges are in doubt, a decision in consumers’ favor will be taken. Thus, it is for the professional to over evidence that this non-conformity has no origin through the period of supply¹⁶. As Howells states, “for continuous supplies over a period of time, the burden of proving conformity is firmly placed on the supplier”¹⁷.

2.3. Specific cases where there is a presumption of lack of conformity

2.3.1. Incorrect integration/installation

As digital content or services usually need to interact with software and hardware, the notion of conformity also covers the integration or the installation of the digital content or service. Consumers are only able to use the products and ascertain the conformity after the installation or

¹⁴ JAN SMITS, “The new proposal for harmonized rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies. In-depth analysis” (PE 536.492, 2016) 10.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Recital 45 SGD.

¹⁷ GERAINT HOWELLS, “Protecting Consumer Protection Values in the Fourth Industrial Revolution” [2019] 43 *Journal of Consumer Policy* < <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10603-019-09430-3.pdf> > accessed 20 February 2020.

integration. Articles 9 DCD and 8 SGD, as well as Recitals 52 DCD and 34 SGD, explicitly give consumers the right to have a correct integration or installation for the digital content or service to run properly into their hardware and software environment. Therefore, any failure having its origin in the incorrect integration or installation shall be deemed as a lack of conformity. This presumption will operate when the installation or integration has been carried out by or under professionals' control, or when consumers, or a third party chosen by them, have done so according to the professionals' instructions and the failure is due to shortcomings in it, such as incompleteness or lack of clarity, making it difficult to use for the average consumer.

As we will see below, in these cases, professionals can rebut this presumption by asking consumers for cooperation, to check whether the problem is in their digital environment, and not with the product itself or with the instructions.

2.3.2. Failure to supply updates or defective or incomplete updates

As stated by JORGE MORAIS CARVALHO¹⁸, updates are a new and important issue in both directives. In fact, “giving the frequent improvement of digital content and digital services”¹⁹ and “the fact that the digital environment of any such good constantly changes”²⁰, updates are a central subject in this legislative package. Thus, we find its normative prevision in Articles 7(d) and 8(2 and onwards) DCD, and in Articles 6(d) and 7(3 and onwards) SGD. Updates are at the service of the final objective of the circular economy as it is “a necessary tool to ensure that digital content and services and digital goods are able to function in the same way that they did at the time of delivery”²¹ and can contribute to ensure the longer durability of goods²².

Articles 8(2) DCD and 7(3) SGD point out that consumers have the right to be “informed of and supplied with updates, including security updates,

¹⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* (7th edn, Almedina 2020) 373.

¹⁹ Recital 51 DCD.

²⁰ Recital 31 SGD.

²¹ Recital 31 SGD.

²² Recital 32 SGD.

that are necessary” for the digital content, digital service or smart good to remain in conformity. Thus, traders will be responsible for supplying updates during the period that consumers may reasonably expect²³ – in case of contracts for a single act of supply – or throughout the contract period – for contracts of continuous supply. This is due to the fact that this kind of content, services and products “are not completely separate from the seller’s sphere because the seller, or a third person supplying the digital content or digital service (...), is able to update the goods from a distance, usually over the internet”²⁴. The DCD, in Article 8(6), expressly gives consumers the right to be supplied with “the most recent version available at the time of the conclusion of the contract”, although the parties can agree otherwise. The same formulation is not provided in the SGD, but as some authors argue we should also apply this rule to the sale of goods contracts, not only to the digital elements, but also to the goods as well²⁵.

Thus, when traders fail to comply with these obligations, there will be a presumption of lack of conformity. Defective or incomplete updates should also be considered a lack of conformity²⁶. In these cases, consumers will only need to claim the fact, whereas professionals will have to rebut this presumption by showing that they have provided for it and that, for example, it was the consumer who did not installed the update, as we will see hereinafter.

²³ This expectation, according to Recital 31 SGD, “should be assessed based on the type and purpose of the goods and the digital elements, and taking into account the circumstances and nature of the sales contract. A consumer would normally expect to receive updates for at least as long as the period during which the seller is liable for a lack of conformity, while in some cases the consumer’s reasonable expectation could extend beyond that period, as might be the case particularly with regard to security updates. In other cases, for instance as regards goods with digital elements the purpose of which is limited in time, the seller’s obligation to provide updates would normally be limited to that time”.

²⁴ Recital 31 SGD.

²⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, *op. cit.*, 374, giving the example that if the object of the contract is a new car in the model X, the latest version of it should be delivered.

²⁶ Recital 44 DCD.

3. Burden of proof of the anteriority of the lack of conformity

3.1. General rule

Rather than invoking non-conformity, what is at stake here is proving that the non-conformity did not exist at the time of delivery or supply. According to Article 12(2 and 3) DCD, the burden of proof will be on the trader. Hence, he will have to prove that the lack of conformity on the digital content or service did not exist at the time of supply and that therefore he is not liable. In turn, the same logic is present in Article 11(1 and 3) SGD. But then there will be situations where professionals can rebut that presumption and place the burden of proof on consumers.

3.2. Reversal of the burden of proof in traders'/sellers' favor

3.2.1. Non-compatibility of the consumer's digital environment

Article 12(4) DCD presents us with the first situation in which a reversal of the burden of proof takes place: the non-compatibility of consumers' digital environment. Thus, if traders demonstrate this incompatibility, the burden of proof will be transferred to consumers. Hence, an escape exists for traders where they prove that the malfunction origin is on the consumers' digital environment. In fact, a digital content or service can work fine for a long period but fail after a certain time, which can be the result of a modification in the digital environment, such as an update in the operating system that causes errors in existent programmes. In this regard, Recital 59 DCD explains us that this option was made, once again, due to the fact that professionals are in a better position to assess if the incompatibility of the consumers' digital environment was the factor leading to malfunctioning. And because of that, by proving that connection, traders will be released from the burden of proof and consumers will be the ones that will "have the burden of proving that the lack of conformity of the digital content or digital service existed at the time of supply (...) or (...) for the duration of the contract", depending on the nature of the supply.

CAROLINE CAUFFMAN states that "the reversal of the burden of proof will not apply where the trader demonstrates that the digital environment

of the consumer is not compatible with the technical requirements of the digital content or digital service”²⁷. But technically speaking, the reversal of the burden of proof still applies. According to the above-mentioned recitals, traders still need to prove that consumers’ digital environment is incompatible with interoperability and other technical specificities required and to fulfill some special requirements, i. e., the burden of proof of the non-pre-existence will still lie on traders before being transferred to consumers’ sphere.

3.2.1.1. Special requirements

Although the incompatibility of consumers’ digital environment is a reason that allows professionals to revert the burden of proof, since one of the aims of this legislative package is also to increase consumer protection, this could not have been designed as a blind exception. As highlighted by the Presidency of the EU Council in an interinstitutional file, it is of utmost importance to maintain coherence in EU consumer legislation, namely with the transparent pre-contractual information requirements laid down in Directive 2011/83/EU on consumer rights (DCR)²⁸. Thus, although traders demonstrate the consumers’ digital environment incompatibility with the digital content or service, there is another caveat: Article 12(4) DCD imposes that the reversal of the burden of proof will only take place where the trader has informed the consumer about the digital content or service compatibility and functionality requirements. For this informational obligation to be fulfilled, traders will have to comply with Articles 5 and 6 DCR. And taking into consideration the acknowledgement of the importance of substance over form, additionally, that information must be provided, according to the article, “in a clear and comprehensible manner”, and, naturally, “before the conclusion of the contract”²⁹.

²⁷ CAROLINE CAUFFMAN, “New EU rules on business-to consumer and platform-to business relationships” [2019] 26(4) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* < <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X19865835> >, accessed 19 February 2020 5.

²⁸ Council of the European Union, “Proposal ... (First reading) – Policy debate”, *op. cit.*, para. 6.

²⁹ Recital 59 DCD.

Hence, if the digital content or service does not function in the consumer's digital environment but the trader informed him in respect of the legal requirements, for example, stating which were the devices and programs (in)compatible and other functional requirements (such as processing memory or graphic board requirements), the trader will exonerate himself, and the consumer will not, in this specific setting, be able to resort to the argument of lack of complete and comprehensive information. He can only rely on the argument that the digital content or services are not in conformity with the contract previously established³⁰.

3.2.2. Consumer non-cooperation

For professionals to analyse the (in)compatibility of consumers' digital environment, consumers must cooperate. FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN considers that placing the burden of proof on professionals is to put a heavy burden on their shoulders as they have no physical possession of the digital content or service supplied³¹. That is the reason behind the legislator's option to call on consumers' cooperation. Hence, although traders are in a better position to ascertain whether the cause of non-conformity lays in the consumers' digital environment, their cooperation is required when professionals need it for making that assessment.

This is what we find laid down in Article 12(5) DCD: consumers have a duty to cooperate and the non-cooperation will provide traders with legal grounds to undo the burden of proof. Thus, as consumers are the only ones that have access and know the details of their digital environment, and as traders cannot take on certain verification actions through it since it could endanger consumers' fundamental rights, Article 12(5) DCD provides for such cooperation duty on consumers. Hence, for traders to benefit from this burden of proof reversal, a situation of incompatibility of consumers' digital environment plus a non-cooperation must occur; i. e., if due to this non-cooperation the trader is unable to determine whether the digital

³⁰ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "El régimen... de Directiva de 9.12.2015", *op. cit.*, 47.

³¹ FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, "Obligations under the Digital Contract and Conformity of the Product" (New EU Rules for Digital Contracts Conference, Brussels, February 2016).

environment is (in)compatible with the content or services supplied, the burden of proof will then bear the consumer.

3.2.2.1. Balanced approach

A balanced approach is also prioritized in this regard. Along with the incompatibility of the digital environment and the non-cooperation, it is necessary that five special requirements are met: (i) the necessity and possibility of the cooperation; (ii) the availability of the least intrusive technical means; (iii) the consumer being informed of such requirement of cooperation; (iv) the clarity and comprehensibility of the information provided; and (v) the provision of that information prior to the contract conclusion. To fully understand these special requirements, Recital 60 DCD provide us some guidance.

Consumers' cooperation will be required but always taking into consideration the respect for their private life and personal data. Traders must make use of the least intrusive technical means, for example, by requiring the consumer the automatically generated incident reports or details of his internet connection, or taking into consideration MILAN REMÁČ'S examples, by checking the version of the consumer's operating system or the type of hardware being used (e. g., printer, camera, etc.)³². Another measure could also be the consumer answering trader's questions through e-mail or proactively providing information³³. The recital furthermore states that consumers authorizing virtual or remote access to their digital environment will exceptionally be allowed, when duly justified and when there is no other possible action to take, as this is deemed as an intrusion in consumers' private sphere. Thus, where traders assess the consumer's digital environment and do not use the least intrusive means available, non-cooperation by the consumer will not be grounds for reversing the burden of proof. It cannot be accepted that the consumer has a double drawback, having to endure a debauchery of his private life and a reversal of the burden of proof.

³² European Parliament, "Contract rules for online purchase of digital content and tangible goods. Part of Digital Single Market" (European Parliamentary Research Service Implementation Appraisal Briefing, Brussels, April 2016).

³³ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "El régimen... de Directiva de 9.12.2015", *op. cit.*, 48.

The recital further clarifies that not only consumers being informed about the requirement of cooperation is required, but also the express information about the preclusive effect of their non-cooperation. Consumers must be fully aware of the impacts of their non-cooperation: the burden for them to be the ones that will have to prove the anteriority of the lack of conformity.

Furthermore, consumers' cooperation must be necessary and possible. It is not allowed for traders to request from consumers a cooperation that is unnecessary or that is not feasible in order to bring them into a situation of non-compliance. Such an action would be contrary to the spirit of the Directive and to the EU consumer law.

Therefore, consumers will only be able to undo the burden of proof if one of these five requirements is not met. On the contrary, if they are properly fulfilled and consumers are given an exit option to cooperate and do not take it, then they should not be protected in the detriment of traders who have readily undertaken to verify the malfunction origin.

3.2.3. No installation of updates by the consumer

Despite consumers being entitled to updates, they do not have the duty to install it, as Recital 30 SGD expressively asserts that consumers "should remain free to choose whether to install the updates provided". But although a burden of proof related with updates is not laid down in both Articles 12 DCD and 11 DCD, we can extract from Articles 7(4) SGD and 8(3) DCD a situation in which the non-installation of updates will lead to a reversal of the burden of proof in traders' favor. Traders will not be liable if consumers do not install the updates provided. Thus, it can be argued that consumers are not so free when it comes to the decision of installing or not the updates as this inaction will have a negative effect on them.

3.2.3.1. Special requirements

Articles 7(4) SGD and 8(3) DCD go hand-in-hand in this subject and clarify the requirements for professionals not to be held liable when updates are not installed by consumers: (i) consumers fail to install the updates

provided by them; (ii) those updates are necessary to keep the digital content or service or smart good in conformity; (iii) consumers do not install it within a reasonable time; (iv) the lack of conformity results solely from the absence of update; (v) consumers were informed about the existence of those updates and the consequences of the non-installation.

The ratio for this approach is the following: “Where the consumer decides not to install the updates which are necessary for the goods with digital elements to maintain their conformity, the consumer should however not expect such goods to remain in conformity”³⁴ and the same logic can be applied to digital content and services.

Both provisions also explain that (i) although consumers have fulfilled the act of installing the updates, professionals will not be liable if (ii) from that action results a failure in the digital content or service or in the smart good and (iii) that failure is not due to shortcomings in the instructions provided by them.

Some of the requirements stipulated by the Union’s legislator should be emphasized.

Firstly, the updates provided should be necessary to maintain conformity. Regarding smart goods, Recital 30 states that such updates should be necessary to maintain the conformity with the objective and subjective requirements. Hence, it is not all kind of updates that will relieve professionals from the burden of proof. One type of update that is expressly seen as a core update by the provisions are security updates.

Secondly, the expression “within a reasonable time” can reveal itself as problematic. What should be considered within a reasonable time? This is an undetermined concept which needs to be ascertained on a case-by-case basis. VANESSA MAK states that “the advantage of an open-textured norm like «reasonable time» would be that it allows for flexibility, so that solutions can be tailored to specific cases”³⁵. Nevertheless, Recital 46 DCD established the standard of reasonableness stating that it must be objectively ascertained taking into consideration the nature and purpose of the digital content or service, the circumstances and the usages and practices of the parties involved³⁶. As such, it can be argued that in the

³⁴ Recital 30 SGD.

³⁵ VANESSA MAK, “The new proposal ... In-depth analysis”, *op. cit.*, 22.

³⁶ Recital 55 SGD goes in the same direction.

case of anti-virus programmes updates, consumers shall not, for instance, take more than one month to install them, or even more than two weeks, considering its critical nature. In turn, an update on a road map software may not be so problematic. Moreover, Recital 64 DCD stresses that the option to establish the “reasonable time” criterion is a result of the diversity of this kind of products which is incompatible with fixed deadlines. But this recital also points out that parts can agree on what should be considered a reasonable time. Although this recital applies to cases where the professional must bring the good into conformity, we could also apply it for the parties to foresee this subject in the contract for the sake of certainty. Of course, the unfair terms’ scenario would always have to be adequately safeguarded.

Lastly, and most importantly, the lack of conformity must result exclusively from the lack of updates. Thus, professionals will not be able to revert the burden of proof if the non-conformity is related to other causes. Hence, we must be cautious with it because it can lead to scenarios in which professionals use the lack of updates as a subterfuge, undoing the burden of proof and leaving consumers in a situation in which they will be the ones that will have to demonstrate that other causes exist.

3.3. Time limits

The establishment of time limits is of pivotal importance, as “the advantage of a fixed time limit is that it would offer more legal certainty”³⁷. That is why the absence of time limits for traders’ liability and for the reversal of the burden of proof that was laid down in Articles 10 and 9 of the first DCD proposal was highly criticized by the literature and by the delegations involved in the legislative package negotiations. This option was justified on the basis that digital content and services are not subject to wear and tear and are often supplied over a period³⁸. Some authors³⁹ considered it a surprising decision and that it was a logic and balanced one regarding continuous supply contracts, questioning however this approach

³⁷ VANESSA MAK, “The new proposal... In-depth analysis”, *op. cit.*, 21.

³⁸ Recital 43 COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD).

³⁹ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “El régimen... de Directiva de 9.12.2015”, *op. cit.*, 44.

when it comes to one-off supply contracts. Other literature also considered it “a weak way of dealing with the problem”, meaning that traders would have to deal with several prescription periods at national level and that this option would not provide for “a solution for the fragmentation of national rules for digital content that the Directive aims for”⁴⁰. In fact, this could have lead Member States restricting claims by establishing very short limitation periods⁴¹, therefore harming consumers⁴². And it was also deemed as contrary to the purposes of the Directive as different limitation periods would create a barrier to cross-border trade. It was as well perceived as an unfair rule and an excessive burden on traders as limitation and prescription periods’ goal is to avoid that traders are at risk of liability claims *ad aeternum* because although some disconformities might appear right after the act of supply, others could appear much more deferred in time⁴³. As advantageous as this would seem to be at a first glance, the truth is that traders, in front of such a legal blurriness, having to meet the cost of adapting to several domestic markets, would rather seek to recover those costs through the increase of prices.

As we will see, the periods during which a presumption of anteriority of the non-conformity applies vary according to the nature of the act of fulfillment of the obligation and, within that, according to the nature of the product concerned.

⁴⁰ VANESSA MAK, “The new proposal... In-depth analysis”, *op. cit.*, 19.

⁴¹ In the same line, SPINDLER noted that an absence of time limits would have led to discrepancies between Member States (GERALD SPINDLER, “Contracts for the supply of digital content” [2016] 12(3) *European Review of Contract Law* < <https://www.degruyter.com/view/journals/ercl/12/3/article-p183.xml> >, accessed 1 April 2020 213.

⁴² ELI specifically points out that “consumers are likely to lose out, in particular if Member States set very short prescription periods in order to outweigh the effects of the DCD’s burden-of-proof regime”. European Law Institute, “Statement of the European Law Institute on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 final” (European Law Institute 2016) 6.

⁴³ VANESSA MAK, “The new proposal... In-depth analysis”, *op. cit.*, 20.

3.3.1. Nature of the act of fulfillment of the obligation

3.3.1.1. Single act of supply or series of individual acts of supply

A single act of supply occurs when consumers, for instance, download an e-book and store it on their devices and a series of individual acts occurs where consumers receive a link to download an e-book every week, for example⁴⁴.

Regarding DCD, the general approach approved by the Council on 8 June 2017 limited traders' burden of proof in one year whilst traders' liability was established in two years. This was then confirmed in the final structure of the proposal resulting from the political dialogues. Article 11(2, 2nd para.) stipulates that, when it comes to digital content or services supplied on a one-off basis, traders should be liable for a period of no less than two years⁴⁵. This is one of the isolated cases where the Directive, despite being of maximum harmonisation, sets a minimum standard. Article 12(2) then establishes that the burden of proof lies with traders for one year. This means that during the first year after the digital content or services have been supplied there is a presumption on the anteriority of the lack of conformity, being in traders' sphere, during that year, the burden to prove that the source of the malfunction was not in place when the supply happened. Putting it differently, once the one-year period lapses, consumers must prove that the lack of conformity existed at the time of supply.

Thus, there is a misalignment between the liability period and the presumption of the pre-existence of the defect period, something that is problematic and which will be addressed in more detail hereafter.

Concerning the SGD legislative background, the European Commission proposal provided for a liability period of two years regarding goods. As we can see nowadays provided in Article 10(1), sellers are liable for two years. The European Commission proposal also provided for a one-year

⁴⁴ Recital 56 DCD.

⁴⁵ In this regard, VANESSA MAK considers that "a challenge would be to determine what time to fix: two years seems rather short for digital content, especially since bugs and other hidden defects – other than accessibility problems – do not always become apparent immediately. Looking at the rapid pace of development in technology, perhaps five years would be a good starting point". VANESSA MAK, "The new proposal... In-depth analysis", *op. cit.*, 21.

burden of proof. The Council subsequently called for a level of mixed harmonisation, providing for a period of one or two years (it cannot be a year and a half, for example), depending on States' choice, something that we find nowadays laid down in Article 11(1 and 2).

When it comes to smart goods supplied at once, the Council position was to determine a legal guarantee of two years. But then, from the political dialogues, what resulted for these smart goods was a removal of the reference to “single supply” as regards the legal guarantee period and the burden of proof, which resulted from the difficulty in reaching a political compromise on time as the end of the European Parliament legislative cycle was approaching. But we can argue that the same timeframe of “traditional” goods should be applicable to smart goods that will be delivered at once. Recital 41 SGD seems to point in this direction. Thus, both goods and smart goods supplied on a one-off basis should benefit from the same one-year presumption regarding the anteriority of the non-conformity. In this line of thought, Article 11(2) should also apply to smart goods.

Article 11(1) SGD expressly states that this presumption favoring the consumer can be proved otherwise and will not apply when the presumption is incompatible with the nature of the goods (edible or perishable) or with the nature of the lack of conformity (the non-conformity is of a nature which does not coincide with a normal use of the product), which is a confirmation of the previous Directive 1999/44/EC framework.

Therefore, when national legislators opt for the minimum one-year standard, a misalignment between liability and burden of proof will be present, while those who opt for the two-year extension will in fact be promoting such alignment.

3.3.1.2. Continuous supply

Access to cloud services or an indefinite social media platform membership are examples of a continuous supply contract⁴⁶.

⁴⁶ Recital 57 DCD.

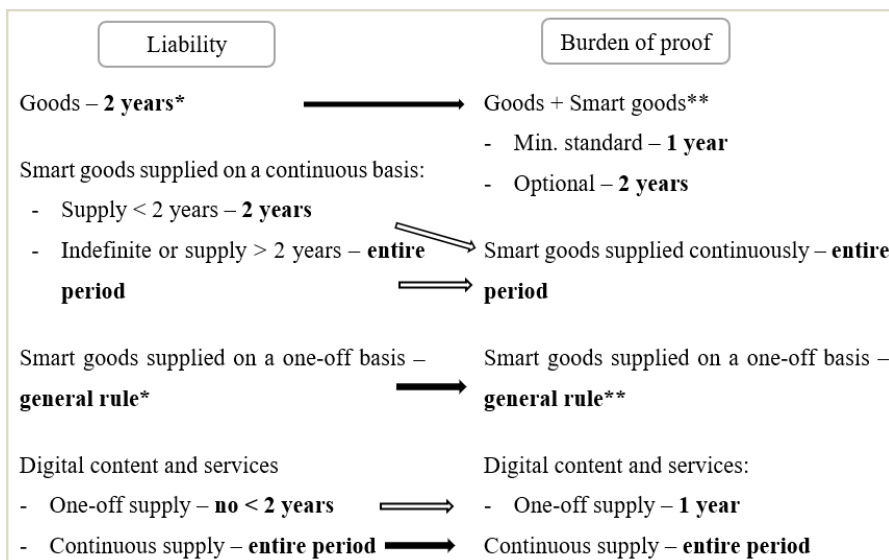
Regarding the DCD legislative background, the first proposal provided for traders' liability for the entire performance of the contract and the burden of proof for one year only. This structure was changed and nowadays what we observe is the Union's legislator option for the presumption of anteriority of the lack of conformity to operate during the entire period of supply [Articles 11(3, 1st para.) and 12(3) DCD]. Therefore, there is a proper alignment between the two timeframes.

Nowadays, the Council position is confirmed, and concerning smart goods supplied on a continuous basis we have to draw a distinction: when we are presented with a contract that will last less than two years, Article 10 (2, 1st pt) SGD held the seller liable for two years; where the contract provides for an indefinite supply, or when it will last more than two years, the second part of the same provision states that the seller will be responsible for the entire period of supply. In both scenarios, Article 11(3) SGD establishes the presumption of anteriority of the non-conformity during the whole period of supply, so we have an alignment between liability and burden of proof.

Thus, both directives [Articles 12(3) DCD and 11(3) SGD] provide that in continuous supply cases, the presumption of the anteriority of the lack of conformity will last the entire period of supply, establishing an alignment with the provisions concerning the professionals' liability. The idea at stake is to enhance the durability of the conformity and, as stated by VANESSA MAK, "it leaves open the possibility that it can be applied to innovative digital content products [such as content itself and services, as well as smart goods] which only reveal hidden defects long after they have been supplied or the contract for supply during a certain time period has ended"⁴⁷. Hence, we are presented with a true alignment between the liability period and the duration of the presumption on the anteriority of the lack of conformity.

The following scheme is intended to summarize and demonstrate the variety and complexity of provisions related to time limits:

⁴⁷ VANESSA MAK, "The new proposal... In-depth analysis", *op. cit.*, 21.

Figure 1 – **Liability and burden of proof time limits scheme**

4. Member States' possibility to extend the time limit of Article 11(1) SGD and the need to include such a possibility in DCD

Both directives are permeated by a maximum harmonization principle, although on certain topics this tendency is inflected. The period in which the burden of proof rests on the seller is established in one year, when it comes to goods and smart goods. But then, Article 11(2) SGD gives Member States an option to extend that period to two years⁴⁸. The same is not laid down in DCD, something that can be highly criticized.

But it is undeniable the positive impact that SGD has brought in relation to Directive 1999/44/EC, by raising the standard period of the burden of proof from six months to one year and by allowing States to go further and maintain their higher levels of protection by providing an option to raise that protection for two years.

⁴⁸ Although such a possibility to extend the period of the burden of proof to two years is positive, we can ask ourselves if it attains the ultimate goal enhanced by the Commission of legal certainty, i. e., that the traders should no longer be required to have to look into several national laws.

The option laid down in Article 11(2) SGD results from Member States' pressure. France considered that it was important to achieve an alignment between the burden of proof period and the legal guarantee period in order to "assure the effectiveness of the protection afforded to the consumers"⁴⁹. Cyprus also expressed interest in the extension of the burden of proof to two years. Portugal wanted to ensure the highest level of consumer protection as well⁵⁰.

On the other hand, Denmark argued that such a long period would only make sense for digital content and services, not for goods⁵¹. In turn, Ireland found it difficult to apply the two-year period to goods since for digital content and services, which are non-depleting products, the agreement had only been reached on a one-year period. Hungary thought that the two-year solution would be disproportionate for sellers, being only appropriate for extremely durable goods; otherwise, such an increase in consumer protection would prove to be false because sellers, faced with such an increase in costs, would raise products' price. It therefore felt that the same one-year rule should apply to goods.

Despite all this debate, the one-year burden of proof on the seller was settled, with the possibility of a two-year extension.

The alignment of the burden of proof and legal guarantee periods was also highly debated by some of the delegations involved in the DCD negotiation. In a joint statement the delegations of Portugal, France, Italy, Romania and Cyprus considered that the misalignment would "unjustifiably hinder the protection of our consumers in relation to typically very complex digital content or digital services"⁵². The Portuguese delegation specifically

⁴⁹ Council of the European Union, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading) – Statements by delegations to be included in the minutes of the Council" (Interinstitutional File) COD (10080/1/17) 2015/0287 2.

⁵⁰ Direção-Geral das Atividades Económicas, "Propostas Legislativas UE" June 2019 8.

⁵¹ Council of the European Union, "Amended proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the sales of goods, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC and repealing Directive 1999/44/EC – Compilation of Member States comments on Articles 1 to 15" (Interinstitutional File) COD (7170/1/18) 2015/0288 8.

⁵² Council of the European Union, "Proposal ... – Statements by delegations to be included in the minutes of the Council", *op. cit.*, 2.

stressed the necessity for a better coherence between the two directives⁵³. The Czech delegation referred to a preference of a two-year period fully aligned with the supplier's liability as well⁵⁴. As we have seen, the Denmark delegation found the reversed two-year period to be burdensome when it comes to goods, but very apt to digital content and services as “digital content-products are complex products, and therefore it makes sense that the trader has to lift the burden of proof for a longer period. Also, with physical goods, there is a greater risk that the consumer has mishandled the product”⁵⁵, something that is not much likely to occur with the other kind of products. Belgium, considering that the minimum period of legal guarantee should be raised to five years, argued that the reversal of the burden of proof should last throughout the five years, or throughout the entire supply period in the case of continuous supply. Ireland also considered that the period of the burden of proof is integrally coupled with the legal guarantee period and therefore these two periods should be coterminous⁵⁶.

In a contrary position, the Austrian delegation argued that the one-year period should be reduced to six months as it is an extreme burden on traders, especially when data is the counter performance of the contract, not considering it a true means of payment⁵⁷. Latvia has also argued for maintaining the six-month period provided for in Directive 1999/44/EC. The Netherlands advocated for a one-year period, and the United Kingdom argued that the six months period should not be exceeded.

This debate has culminated in only one-year burden of proof being placed on the trader.

⁵³ Direção-Geral das Atividades Económicas, “Propostas...”, *op. cit.*, 5.

⁵⁴ Council of the European Union, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading) – Statement by the Czech delegation to be included in the minutes of the Coreper/Council” (Interinstitutional File) COD 9833/17 2015/0287 2.

⁵⁵ Council of the European Union, “Amended proposal ... – Compilation of Member States comments on Articles 1 to 15”, *op. cit.*, 8.

⁵⁶ Council of the European Union, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content – Compilation of Member States replies concerning Articles 9, 10 and 1” (Interinstitutional File) COD 6230/17 2015/0287 6.

⁵⁷ Council of the European Union, “Amended proposal ... – Compilation of Member States comments on Articles 1 to 15”, *op. cit.*, 3.

The misalignment between the legal guarantee and the burden of proof periods is problematic. Tangible goods' consumers are more protected as the two-year lack of conformity presumption period covers exactly the same legal guarantee period. From a practical perspective, digital content and services are equally, if not more, complex as "regular" goods. Hence, the lack of conformity presumption period should also have been established in two years regarding digital content and services. It does not make much sense that these consumers are deprived from the level of protection that is given to the ones that purchase goods or smart goods. The same line of thought is highlighted by stakeholders. For instance, BEUC mentions that consumers of digital content and services should receive the same or additional protection that is enjoyed by consumers of tangible goods "as digital content are more complex products" and that a two-year burden of proof period is necessary "to ensure that within that period consumers can effectively exercise their guarantee rights without unnecessary burdens"⁵⁸. Regarding businesses, the European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises is also favorable to an alignment between the rules applicable to digital products and to tangible products⁵⁹. The Presidency of the Council itself also advocated, in 2015, that both directives should be aligned as much as possible⁶⁰.

An argument often used is that digital content and services are not subject to wear and tear. But then, it does not make sense when we pool together this argument with the rule established on the non-conformity presumption period. If this kind of products are not so subject to wear and tear, it would have been wiser to reach the conclusion that, therefore, the presumption period should have been longer. If digital content and services will not be used by consumers in the same manner as goods and smart goods will, it seems inevitable to reach the conclusion that any lack of conformity that meanwhile appears is related with an intrinsic

⁵⁸ European Consumer Organisation, "European Commission's Public Consultation on Contract Rules for Online Purchases of Digital Content and Tangible Goods. BEUC Response" September 2015 22.

⁵⁹ European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises "Joint statement, Businesses' priorities for the digital content directive proposal" May 2017.

⁶⁰ Council of the European Union, "Proposal ... (First reading) – Policy debate", *op. cit.*, para. 4.

malfunction. Digital content and services cannot be physically maneuvered by consumers. Another main argument we could find about not extending the time limitation would be that such kind of rule might incite a consumer not to carefully deal with the product. But as the European Commission states, consumers' behavior is not too much influenced by this rule⁶¹. And, in the case of digital content and services, it is even less likely. Even if it can be digitally maneuvered by consumers with high programming skills, the medium consumer would not be able to do such thing. VANESSA MAK considers that an extended time limitation would actually make sense in case of innovative digital content products or services in which hidden defects become apparent at a longer time after the supply of the digital content⁶².

Although one can argue that this increase on consumers' protection level could end up having the reverse effect of raising prices, one can also argue that the increase in consumers' trust, by knowing that they will be relieved from a herculean proof during the all legal guarantee period, will lead them to purchase more content and services, improving the economy, and will contribute for the traders to be more committed to the projection of durable content, services and products.

It is true that these goods, although not subject to the typical wear and tear of tangible goods, must be updated several times to maintain the same standards of conformity. However, the costs of such an operation are low, especially in comparison with the costs that such an operation entails in the case of goods. For example, when a company detects a fault in a particular good, collects all the defective goods. In the case of digital content and services, such operation is sufficient by detecting and removing the fault in a single file and sending the same corrected file or link to consumers, i. e., the update is sufficient with the modification of a copy of the file, which will then be replicated through the consumers' community.

The scalability of this type of products is also visible in the composition of businesses. With only one product and a small team, an astronomical market can be reached. Thus, the argument that these companies have too many costs, for example, with updates, loses strength when we look at its enormous scalability and profits achievement, which is not possible

⁶¹ JAN SMITS, "The new proposal... In-depth analysis", *op. cit.*, 10.

⁶² VANESSA MAK, "The new proposal... In-depth analysis", *op. cit.*, 20.

to achieve in the tangible goods market. Therefore, it is not understood that digital content and services' businesses are more protected in relation to those of tangible goods with regards to the burden of proof distribution.

Lastly, the variety and complexity of the existing rules, summarized in the above showed table, is also a negative point and contrary to the EU aim of meeting consumers' expectations and ensure a clear-cut and simple legal framework for professionals⁶³. All that diversity of rules can prove to be complex for a jurist, a lawyer, a judge and even more complex for consumers that buy several kinds of products and for businesses that offer many types of products.

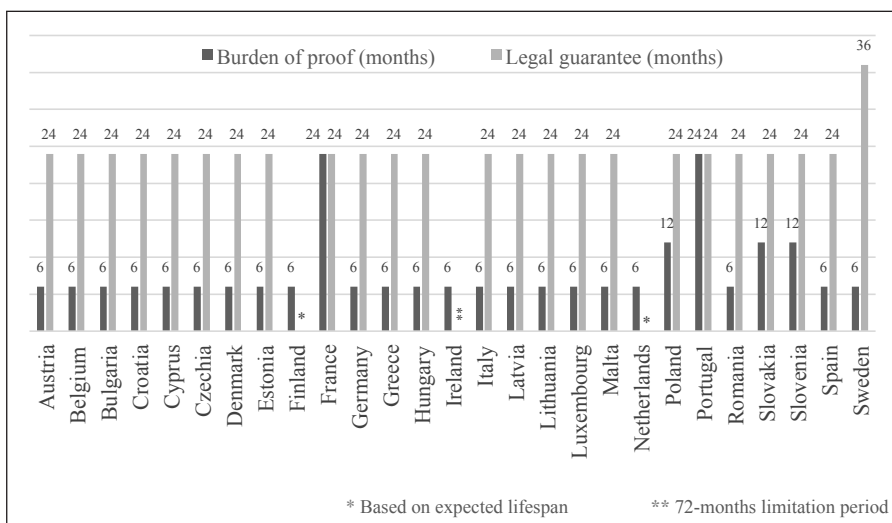
IV. Comparative Law: the increase in consumer protection in some European jurisdictions and the decrease in others

In the EU, up to now, only the United Kingdom (at the time member), in its Chapter 3 of the UK Consumer Rights Act, targeted contracts for the supply of digital content. Although this new legislative framework has filled a vacuum that had long pervaded the EU, also brought some negative points that can be pointed out, such as the greater protection afforded to goods and smart goods at the expense of digital content and services.

The main improvement on consumer protection regarding sale of goods is, undoubtedly, the extension of the period during which lack of conformity is presumed to have already been present at the time of delivery from the six months, set in Article 5(3) of Directive 1999/44/EC, to one year and allowing Member States to maintain their current level of protection by giving them an option to extend it up to two years. The following table summarizes the current burden of proof and legal guarantee periods laid down in the Member States' national legislations⁶⁴.

⁶³ Recital 20 DCD.

⁶⁴ Based on information collected from the official website: < https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/shopping/guarantees-returns/index_en.htm >, accessed on 10 April 2020.

Graphic 1 – **Burden of proof and legal guarantee time limits in the EU**

As we can see, most of the countries will have to increase their burden of proof period from six months to one year to cope with both directives. Countries such as Slovakia, Slovenia and Poland are in line with the two directives' new requirements. The rule laid down in Article 11(2) SGD allowed Portugal and France to maintain their current level of consumer protection. But it remains important to note that although the level of protection will increase in most jurisdictions, those that stick to the one-year minimum standard will continue to experience a weaker level of consumer protection due to the burden of proof and legal guarantee periods misalignment. Also, considering countries' statements, it is expected that Cyprus national legislator will improve the level of protection from the current six months burden of proof provision to two years. On the contrary, it is expected that Denmark and Hungary although improving from six months to one-year burden of proof, will opt for the one-year minimum standard.

Regarding digital content and services, although this regime is a novelty, the burden of proof period will represent a decrease in the protection of these consumers when compared to "traditional" goods' consumers. This will be a disadvantage both for Portugal and France, which have

provided for a two-year burden of proof, and for those jurisdictions that, despite providing for six months, have recognized the complexity of such products, such as Cyprus, Italy, Romania, Czech Republic, Denmark, Belgium and Ireland. It is also noteworthy that the UK, although pioneer in the establishment of a regulatory framework for these products, has continued to establish a six-month reversed burden of proof period in Article 42(9) of the 2015 Consumer Rights Act, the same period provided for goods.

V. Conclusion

Enforcement is a pivotal tool for consumers. The obligation to prove the lack of conformity can prevent consumers from pursuing the remedies they are entitled to.

When it comes to digital content and services, there will be no advantage in giving consumers a two-year guarantee period if they only benefit from a one-year lack of conformity presumption. The herculean evidence they will have to provide, in practice, will correspond to a denial of their legal guarantee right, since more often than not, if not ever, they will not be able to make such a demonstration. The Union's legislator choice to protect consumers at two speeds by giving more "claws" to those who buy goods than to those who purchase digital content and services is therefore incomprehensible. It is not coherent that this type of product, which presents a higher degree of probatory complexity for consumers, has not been given equal protection. Indeed, by a simple research through both directives, we find the word "technical" or "technically" ten times on DCD against three times on SGD, which demonstrates the technical and complex nature of this kind of products.

The SGD option to give Member States more leeway when it comes to an extension period may be justified by the fact that the subject of the sale of goods was already covered by a minimum harmonisation directive, but it may also be justified by the urgency of reaching a political compromise as the legislative cycle was approaching its end. And once both directives were part of a legislative package, and the agreement on SGD was reached first, there was a pressure to also reach an agreement on the DCD, something

that can also explain the rush on achieving an agreement and not discussing an equal option for it⁶⁵.

The digital content and services' market is exponentially growing and it is the European Commission's goal to fully exploit its potential. Therefore, there is a need to protect the interests of those who act on it, especially consumers, the weaker party in the contractual relationship. And to give practical value to guarantee rights, if a trader is liable during a certain period, the burden of proof period should have been established in no less than that period. Burden of proof and legal guarantee is something we cannot dissociate for the true enforcement of the Union's rules on consumer rights and access to breach of contract remedies, because the more consumers need to prove, the more difficult their position. If "traditional" and smart goods were found to be of a technical nature consumers know nothing about, the same treatment should have been given to digital content and services.

⁶⁵ Direção-Geral das Atividades Económicas, "Propostas...", *op. cit.*, 7.

II

Artigos em Português

O Regime Geral da Contratação de Consumo

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

1. Introdução

I. Designa-se genericamente como *contrato de consumo* o contrato concluído entre um consumidor e um empresário ou profissional, que tem por objeto um bem, serviço ou direito destinado a um uso não profissional por parte do primeiro¹⁻².

¹ Sobre os contratos de consumo em geral, *vide* entre nós ALMEIDA, C. Ferreira, *Negócio Jurídico de Consumo*, in: 347 “Boletim do Ministério da Justiça” (1985), 11-38; CARVALHO, J. Morais, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012; CARVALHO, J. Morais, *Manual de Direito do Consumo*, espec. 71 e ss., 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020.

² A literatura é bastante vasta no estrangeiro: na Alemanha, SEDLMEIER, Kathleen, *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; na Áustria, ULLREICH, Stefan, *Der Verbrauchervertrag*, Verlag Österreich, Wien, 2016; no Brasil, MACEDO JR., R. Porto, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998; MARQUES, C. Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*, 8.^a edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016; em Espanha, RUBIO, J. Alvarez, *Contratación con Consumidores*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012; VICENTE, J. García, *La Contratación con Consumidores*, in: “*Tratado de Contratos*”, vol. II, 1443-1582, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; em França, CALAIS-AULOY, Jean, *L’Influence du Droit de la Consommation sur le Droit des Contrats*, in: 51 “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*” (1998), 239-254; RZEPECKI, Nathalie, *Droit de la Consommation et Théorie Générale du Contrat*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha/ POILLOT, Élise/ DE VINCELLES, C. Aubert, *Les Contrats de Consommation – Règles Communes*, LGDJ, Paris, 2012; em Inglaterra, HILL, John, *Cross-Border Consumer Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2009; TANG, Z. Sophia, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd edition, Hart Publishing, New York, 2015; em Itália, ALPA, Guido, *Contratti del Consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014; MINERVINI, Enrico, *Dei Contratti del Consumatore in Generale*, Giappichelli, Torino, 2014. Num plano europeu e internacional, HOWELLS, Geraint/ SCHULZE, Reiner (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2009;

II. Tal como os contratos comerciais são um instituto jurídico central do Direito Comercial³, também assim os contratos de consumo se encontram em pleno *cerne* do Direito do Consumo: como sublinha CHRISTIAN ALEXANDER, “o contrato constitui o instrumento jurídico do processo económico em mercado, e a proteção do consumidor no e através do direito contratual representa o cerne do direito do consumo”⁴. O estudo dos contratos de consumo implica a consideração simultânea da sua disciplina jurídica própria ou comum (contratos de consumo *em geral*) e dos diversos tipos contratuais singulares existentes (contratos de consumo *em especial*).

III. O presente estudo é dedicado ao primeiro desses planos, sem prejuízo das remissões ocasionais para o último⁵. Com efeito, é hoje possível identificar um conjunto de normas legais que estabelecem um regime jurídico próprio em matéria da *contratação de consumo em geral*, especializando-a ou diferenciando-a do regime comum dos negócios jurídicos e dos contratos (arts. 217.º e segs., 405.º e segs. do CCivil). Estas especialidades da contratação do consumo, de resto, terão contribuído para a evolução dos próprios quadros dogmáticos do direito contratual clássico⁶. As principais especialidades podem ser encontradas nos planos:

- da *negociação*;
- da *formação*;
- do *conteúdo*;
- dos *efeitos*; e
- da *extinção* dos contratos de consumo.

POILLOT, Élise, *Droit Européen de la Consommation et Uniformisation du Droit des Contrats*, LGDJ, Paris, 2006

³ Sobre os contratos comerciais, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2019.

⁴ *Verbraucherschutzrecht*, 11, Beck, München, 2015.

⁵ Cf. ANTUNES, J. Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, in: 78 “Revista da Ordem dos Advogados” (2018), 125-190.

⁶ Sobre o relevo dos contratos de consumo no quadro da teoria geral dos contratos, *vide* PEÑA, K. Cabrera, *El Derecho de Consumo. Desde la Teoría Clásica del Contrato hasta los Nuevos Contratos*, in: 35 “Revista de Derecho” (2011), 55-95; RZEPECKI, Nathalie, *Droit de la Consommation et Théorie Générale du Contrat*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015; TORRES, A. Baggio, *Teoria Contratual Pós-Moderna – As Redes Contratuais na Sociedade de Consumo*, Juruá Editora, Curitiba, 2007.

2. Negociação

I. A fase de negociação reveste uma particular importância nos contratos de consumo. Com efeito, o carácter massificado do consumo e as assimetrias informativas decorrentes da promoção empresarial dos bens e serviços levaram o legislador a consagrar um significativo reforço dos *deveres e garantias pré-contratuais* que oneram os empresários e profissionais perante o consumidor – a ponto de ser legítimo afirmar, como melhor veremos adiante, que o velho aforismo *caveat emptor* (o comprador que se cuide) deu hoje lugar, no domínio em apreço, ao novo paradigma normativo *caveat venditor* (o vendedor que se cuide)⁷.

2.1. Informação Pré-Contratual

I. A disciplina legal de uma boa parte dos contratos de consumo passou a consagrar extensos *deveres de informação pré-contratual*, usualmente a cargo da parte contratante empresarial ou profissional. Na verdade, tal disciplina legal vai sendo hoje crescentemente permeada por um imperativo geral de “transparência negocial” (*Transparenzgebot*⁸, *trasparenza nella contrattazione*⁹) que, visando fundamentalmente reforçar a proteção dos interesses dos consumidores em face das assimetrias informativas existentes, se consubstancia em obrigações de informação prévia, de carácter genérico ou específico (*disclosure of terms*), a respeito dos sujeitos, termos, conteúdo e efeitos dos respetivos contratos.

⁷ Segundo Lord STEIN, no caso “*Slater v. Finning*” (1997), “a mudança do «caveat emptor» para o «caveat venditor» constitui uma característica notável do desenvolvimento do Direito Comercial”. Cf., ainda, BRADGATE, Robert, *Commercial Law*, 300, 3rd edition, Butterworths, London, 2000.

⁸ LOCHER, Horst, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 143, Beck, München, 1997. Sobre o atual relevo do princípio da transparência, vide RIBEIRO, J. Sousa, *O Princípio da Transparência no Direito Europeu dos Contratos*, in: “Direito dos Contratos – Estudos”, 75-100, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

⁹ LUMINOSO, Angelo, *La Contrattazione d’Impresa*, 534, in: AAVV, “Istituzione di Diritto Commerciale”, 527-626, Giappichelli, Torino, 2003.

II. Para além das obrigações resultantes do direito geral à informação dos consumidores (art. 8.º da LDC)¹⁰, tenha-se presente a enorme e diversificada panóplia de deveres informativos pré-contratuais, que o legislador previu a respeito de múltiplos contratos de consumo. Estão neste caso, por exemplo, os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (art. 4.º da LCCD), os contratos à distância relativos a serviços financeiros (arts. 11.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio), os contratos eletrónicos (art. 28.º da LCE), os contratos de crédito ao consumo (arts. 6.º a 9.º da LCC), os contratos financeiros de investidores não profissionais (arts. 312.º e segs., 321.º-A, 322.º e 323.º do Código dos Valores Mobiliários), os contratos de serviços públicos essenciais (art. 4.º da LSPE) ou os contratos de viagem organizada (art. 17.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março)¹¹.

III. Sublinhe-se, ainda, que esta proeminência do valor da “informação” não se esgota no âmbito pré-contratual, projetando-se igualmente no contexto *contratual* propriamente dito – pense-se, por exemplo, nos elementos informativos que devem obrigatoriamente constar dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (arts. 4.º, n.º 3 e 9.º da LCCD) – e no contexto *pós-contratual* – veja-se, por exemplo, a informação a prestar na vigência dos contratos de crédito ao consumo (art. 14.º da LCC)¹².

2.2. Integração Publicitária Contratual

I. Os contratos de consumo são quase sempre precedidos de mensagens publicitárias através das quais os empresários procuram justamente captar as preferências dos consumidores, tornando assim inevitável que as decisões de celebração contratual por parte dos primeiros sejam tomadas frequentemente, senão quando exclusivamente, com base nos conteúdos veiculados

¹⁰ ANTUNES, J. Engrácia, *Os Direitos dos Consumidores*, 11 e ss., in: 63 “Cadernos de Direito Privado” (2018), 3-22.

¹¹ Sobre tais deveres informativos, *vide* mais desenvolvidamente ANTUNES, J. Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, 140 e ss., 145 e ss., 154 e ss., 171 e ss., 175 e ss., in: 78 “Revista da Ordem dos Advogados” (2018), 125-190.

¹² Sobre o ponto, *vide* também SILVA, E. Moreira, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Coimbra, 2006.

nessas mensagens publicitárias dos produtos ou serviços em causa: assiste, por isso, razão a quem afirma que, num certo sentido, tais contratos são como que “pré-celebrados” através da publicidade¹³. Ora, se assim é, tanto mais que nem sempre será fácil destringir entre o conteúdo informativo (objetivo) e promocional (persuasivo) dessas mensagens, impõe-se responsabilizar os empresários pelas informações e qualidades divulgadas através da publicidade: falamos da chamada *integração publicitária contratual*, que visa designar a inserção ou incorporação imperativa nos contratos de consumo das informações constantes de mensagens publicitárias¹⁴.

II. A vinculatividade e a eficácia jurídico-contratuais das declarações publicitárias, que colidem frontalmente com a teoria clássica do valor contratual das declarações negociais (*caveat emptor*), encontram-se hoje expressamente acolhidas no direito português¹⁵. Assim, nos termos do art. 7.º, n.º 5 da LDC, “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito, consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se como não escritas as cláusulas em sentido contrário”¹⁶.

¹³ LEHMANN, Michael, *Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanzeigen beim Verbrauchsgüterkauf*, 287, in: 55 JZ (2000), 280-293.

¹⁴ Sobre a integração publicitária contratual, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 119 e ss., 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019; ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 798, in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

¹⁵ Sobre a temática, inaugurada com a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, vide, entre nós, ALMEIDA, C. Ferreira, *Relevância Contratual das Mensagens Publicitárias*, in: 6 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1996), 9-25; SILVA, J. Calvão, *A Publicidade na Formação do Contrato*, in: “Comemorações do 35 Anos do Código Civil”, vol. II, 687-711, Coimbra Editora, Coimbra, 2006; para domínios específicos, CORREIA, M. Pupo, *Conformação dos Contratos pela Publicidade na Internet*, in: VIII “Direito da Sociedade de Informação” (2009), 89-209; GOUVEIA, M. França, *A Eficácia Negocial da Publicidade a Imóveis*, in: XLIX “Scientia Iuridica” (2000), 135-172; na Jurisprudência, vide o Acórdão da RL de 27-V-2010 (L. Espírito SANTO), in: www.dgsi.pt. Noutros quadrantes, vide também GARCÍA, M. Martín, *La Publicidad: Su Incidencia en la Contratación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003; LÓPEZ, M. Marín, *El Carácter Vinculante de las Declaraciones Públicas en la Venta de Bienes de Consumo*, in: 7 “Estudios de Direito do Consumidor” (2005), 211-243; QUINTANILLA, S. Zubero, *La Publicidad y el Contrato: Eficacia Jurídico-Vinculante de las Declaraciones Públicas en la Formación y el Contenido del Contrato*, Diss., Zaragoza, 2015.

¹⁶ Um princípio algo semelhante aflorava já, antes desta disposição, no art. 2.º da LCCG, onde se sujeitam expressamente ao controlo legal todas as cláusulas contratuais gerais “independentemente da forma da sua comunicação ao público”.

Também o art. 2.º, n.º 2 da LVBC (compra e venda de bens de consumo), estabelece uma presunção de incumprimento contratual no caso de os bens entregues ao comprador “não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não apresentarem as qualidades que o vendedor tinha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo” (alínea a)) ou “não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade e na rotulagem” (alínea d))¹⁷.

2.3. Publicidade Enganosa

I. Malgrado não correspondendo *summo rigore* a qualquer garantia ou dever pré-contratual positivo, merece ainda referência, pela sua relevância prática e afinidade teleológica, a proibição da *publicidade enganosa* (*false advertising, irreführende Werbung, publicité trompeuse, pubblicità ingannevole*). Com efeito, o legislador português veio interditar e sancionar quaisquer formas de comunicação destinadas à promoção de bens e serviços por parte de empresas que, através de prestação de informações falsas ou da omissão de informações relevantes, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro os consumidores, afetando a respetiva tomada de decisões negociais livres e esclarecidas¹⁸.

¹⁷ Os exemplos ou concretizações deste vetor geral vão-se multiplicando: veja-se, assim, por exemplo, a integração das mensagens publicitárias do contrato de seguro, que primam sobre as próprias condições gerais ou especiais que as contrariem sempre que sejam mais favoráveis ao tomador ou beneficiário do seguro (art. 33.º da LCS); ou o relevo da publicidade nos contratos eletrónicos (arts. 20.º e 21.º da LCE, art. 2.º, f) da DCE).

¹⁸ A proibição de publicidade enganosa deve ser hoje construída em articulação com a proibição genérica das práticas comerciais desleais, instituída pela LPCD. Tal ligação estreita, expressamente consagrada no art. 11.º do Código da Publicidade, resulta da própria noção geral de “prática comercial” – que abrange a publicidade dirigida à promoção e venda dos bens e serviços das empresas (art. 3.º, d) da LPCD) –, sendo ainda corroborada ao nível das próprias disposições concretas reguladoras das suas principais tipologias – em particular, as chamadas “práticas enganosas” (arts. 7.º a 9.º da LPCD). Sobre a figura, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 799 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

II. Esta proibição complementa e encerra assim o relevo jurídico do contexto publicitário no âmbito da contratação de consumo: no domínio destes contratos, os empresários e profissionais, além de (positivamente) ficarem vinculados pelas suas declarações publicitárias, estão ainda obrigados (negativamente) a observar um princípio de verdade e clareza relativamente aos conteúdos dessas mesmas declarações (*maxime*, as características dos bens ou serviços publicitados, os respetivos preço e condições de fornecimento, bem como os direitos, deveres e garantias dos adquirentes), por forma a evitar induzir em erro as potenciais contrapartes desses contratos ou distorcer o seu comportamento negocial¹⁹.

III. A violação desse “dever negativo” pode ser fonte de *sanções contraordenacionais* para os empresários ou profissionais infratores (art. 34.º, n.º 1, a) do Código da Publicidade e art. 21.º da LPCD), sem prejuízo de várias outras importantes consequências laterais (v.g., obrigação de apresentação de provas da exatidão material dos dados de facto contidos na publicidade, presumindo-se que tais dados são inexatos se aqueles não apresentarem as provas pedidas ou estas forem consideradas insuficientes: cf. art. 11.º, n.ºs 2 e 3 do Código da Publicidade) ou acessórias (v.g., sujeição a medidas cautelares, obrigação de publicidade “corretiva” a expensas próprias: cf. art. 41.º do Código da Publicidade, arts. 20.º e 21.º, n.º 2 da LPCD).

IV. Por último, saliente-se que o *entrecruzamento dos regimes jurídicos dos contratos de consumo e da publicidade* é prenhe de ilustrações – muito para além das duas figuras fundamentais acabadas de referir (integração publicitária contratual e publicidade enganosa). Basta pensar na frequente subordinação dos contratos de consumo aos princípios gerais juspublicitários: um exemplo, entre muitos, pode ser encontrado na relevância direta do princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias no domínio dos contratos eletrónicos de consumo (art. 21.º da LCE)²⁰.

¹⁹ Saliente-se, ainda, que tal proibição, para além da proteção dos interesses das contrapartes contratuais dos empresários (consumidores), visa igualmente a tutela jurídica dos interesses dos próprios empresários concorrentes: prova inequívoca disso mesmo é a legitimidade destes para o exercício da ação inibitória, contemplada no art. 16.º da LPCD. Cf. SERENS, M. Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Proteção (de Alguns) Concorrentes?*, in: AAVV, “Comunicação e Defesa do Consumidor”, 229-256, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1996.

²⁰ Sobre o princípio da identificabilidade (art. 8.º do Código da Publicidade), que determina que a mensagem publicitária deve surgir identificada enquanto tal aos olhos do público, por

3. Formação

I. A formação dos contratos de consumo, sujeita embora às regras gerais da lei civil e comercial, apresenta também diversas especialidades dignas de nota. Entre as mais relevantes, contam-se as relativas aos *requisitos de celebração* do contrato (liberdade, forma, língua, vícios) e às *modalidades da sua formação* (modelos formativos especiais).

3.1. *Requisitos de Celebração*

I. Existem diversas especificidades formativas em sede dos *requisitos de celebração* dos contratos de consumo, com destaque para a forma, a língua e os vícios.

II. Ao arrepio do princípio geral da liberdade de celebração dos negócios jurídicos (art. 405.º do CCivil), são frequentes as *obrigações legais de contratar* no domínio dos contratos de consumo, as quais, suprimindo a autonomia de vontade dos empresários/profissionais, lhes impõem o dever jurídico de os concluir: é o caso, por exemplo, dos contratos de prestação de serviços públicos essenciais, v.g., fornecimento de energia, de água, ou de gás (v.g., arts. 40.º, n.º 3 e 42.º do Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro), comunicações postais (art. 15.º da Lei n.º 102/99, de 26 de junho, Base VIII, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 448/99, de 4 de novembro), comunicações eletrónicas (arts. 39.º e segs. da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), etc.²¹.

III. Ao arrepio do princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do CCivil), mas em linha com aquilo a que se assiste no domínio dos negócios jurídico-comerciais em geral²², os contratos de consumo estão sujeitos, em regra, a *forma especial*: assim sucede, por exemplo, com

forma a permitir assim aos respetivos destinatários estar de sobreaviso e ter consciência dos objetivos promocionais dos anunciantes, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *O Direito da Publicidade*, 793 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

²¹ Sobre esta obrigação, *vide*, em geral, TELES, M. Galvão, *Obrigação de Emitir Declaração Negocial*, Almedina, Coimbra, 2012; na doutrina estrangeira, HACKL, Karl, *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980; NIVARRA, Luca, *L’Obbligo a Contrattare e il Mercato*, Cedam, Padova, 1989.

²² Sobre o “renascimento do formalismo” no âmbito da contratação mercantil, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 157 e ss., 7.^ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (arts. 5.º, n.º 7 e 9.º, n.º 1 da LCCD), os contratos de crédito ao consumo (art. 12.º, n.º 1 da LCC), os contratos eletrónicos (art. 26.º, n.º 1 da LCE, art. 48.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro) ou os contratos financeiros com investidores não profissionais (art. 321.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários)²³.

IV. Ao arrepio do princípio da liberdade de idioma que é característico dos negócios juscomerciais (art. 96.º do CCom)²⁴, a redação dos contratos de consumo e a prestação da conexa informação devem, em regra, ser feitas em *língua portuguesa*: para além de a LDC determinar que toda “a informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa” (art. 7.º, n.º 3), o regime legal de vários contratos contém tal exigência, v.g., contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (art. 9.º, n.º 1, *in fine*, da LCCD), contratos financeiros à distância (art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio) e contratos de seguro (art. 36.º, n.º 2 da LCS).

V. Enfim, paralelamente ao regime geral dos *vícios da vontade* dos negócios jurídicos em geral (arts. 240.º e segs. do CCivil), é possível encontrar vícios clássicos dotados de um regime próprio – pense-se no erro na formação e na declaração da vontade no domínio da contratação associada ao comércio eletrónico (*rectius*, aos contratos eletrónicos automatizados: cf. art. 33.º, n.ºs 2 e 3 da LCE) – ou até mesmo novos vícios específicos – pense-se na figura da “influência indevida”, a qual, situada algures a meio caminho entre os tradicionais vícios do dolo e da coação, constitui um fundamento autónomo da invalidade dos contratos celebrados entre as empresas e os consumidores (arts. 3.º, j), 11.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1 da LPCD).

²³ AMAYUELAS, E. Arroyo, *¿Qué Es Forma en el Derecho Contractual de Consumo?*, in: 2 “Anuario de Derecho Civil” (2008), 519-542; HERNÁNDEZ, M. Heras, *La Forma de los Contratos: El Neoformalismo en el Derecho de Consumo*, in: 89 “Revista de Derecho Privado” (2005), 27-50. Aspeto particular é que, sendo tal requisito de forma estabelecido por mor da proteção do consumidor, a sua omissão origina, em regra, uma *invalidade atípica*, no sentido em que apenas pode ser invocada por aquele contratante, ficando assim a manutenção ou cessação do contrato nas respetivas mãos (arts. 13.º, n.º 5 da LCC, art. 321.º, n.º 1, *in fine*, do Código dos Valores Mobiliários).

²⁴ Sobre a língua dos contratos comerciais, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 177 e ss., 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

3.2. *Modelos Formativos Especiais*

I. Particularmente importante, os contratos de consumo constituem o terreno de eleição dos *novos modelos de formação contratual*. Com efeito, de acordo com o modelo legal clássico (arts. 228.º e segs. do CCivil), os contratos são formados segundo o ritual da emissão de uma declaração negocial por uma das partes (proposta) e de uma subsequente declaração negocial de conformidade que manifesta total concordância pela outra parte (aceitação): ora, a génese e formação dos contratos de consumo de há muito se afastou desse modelo legal estereotipado, processando-se hoje através de modelos formativos alternativos e especiais²⁵.

II. É o caso da chamada *contratação conjunta*, em que o consenso negocial entre as partes se consubstancia num documento contratual unitário assinado por empresário e consumidor, tornando assim difícil, artificial, senão mesmo frequentemente impossível, individualizar uma proposta e uma aceitação²⁶. Dada a frequente sujeição dos contratos de consumo à forma escrita ou equivalente, já atrás assinalada, não surpreende que se trate de um modelo formativo crescentemente divulgado neste domínio, incluindo nos contratos celebrados fora do estabelecimento, contratos à distância, contratos de prestação de serviços públicos essenciais, contratos de crédito ao consumo, contratos de viagem organizada, contratos de seguro e tantos outros.

III. É também ainda o caso da chamada *contratação em massa* característica das modernas sociedades de consumo, em que o consenso negocial apresenta importantes especificidades. Aqui se incluem a *contratação à distância* – processo de contratação que utiliza exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância, v.g., carta normalizada, catálogos, telefone, telefax, videotexto, correio eletrónico, rádio, televisão, “internet” (regulada pela LCCD) –, a *contratação eletrónica* – processo de contratação no qual as declarações de vontade dos contraentes são produzidas e transmitidas por

²⁵ No domínio dos contratos de consumo formados segundo o modelo legal tradicional, assume especial relevo a *proposta ao público* (art. 230.º, n.º 3 do CCivil), dado que a generalidade daqueles contratos é celebrada na sequência da aceitação, por parte do consumidor, de propostas emitidas por empresários ou profissionais dirigidas a uma pluralidade de destinatários.

²⁶ Sobre este modelo alternativo de contratação, *vide* ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 132 e ss., 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

meios informáticos, *maxime*, através de correio eletrónico e da “internet” (regulada pela LCE, além de, subsidiariamente, pelas LCCD e LDE) –, a *contratação automática* – processo de contratação realizado por intermédio de autómatos ou máquinas automáticas destinadas ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços aos consumidores (arts. 22.º a 24.º da LCCD) – e a *contratação em autosserviço* – processo de contratação realizado em locais de venda, físicos ou virtuais, onde os potenciais consumidores dos bens ou serviços do empresário se servem a si mesmos destes²⁷.

4. Conteúdo

I. Em sede geral e abstrata, as partes dos contratos “têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos” e “incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (art. 405.º, n.º 1 do CCivil). Este segmento do mandamento jusprivatístico fundamental da liberdade contratual – correntemente designado na doutrina como *princípio da liberdade de estatuição ou modelação do conteúdo contratual* (*Gestaltungsfreiheit, Inhaltsfreiheit*) – visa significar que as partes dos contratos, outrossim livres na sua decisão de contratar ou não contratar, são soberanas na escolha do tipo de negócio mais adequado aos seus interesses (seleção do tipo comercial) e na fixação dos termos concretos do mesmo negócio (fixação do conteúdo comercial)²⁸.

II. Este princípio geral sofre, todavia, numerosas e importantes *limitações* no domínio da contratação de consumo, que estão assim na origem de um controlo legal do conteúdo dos contratos de consumo. As limitações mais relevantes são as decorrentes do regime jurídico das *cláusulas contratuais gerais* (LCCG) e das *práticas comerciais desleais* (LPCD)²⁹.

²⁷ Sobre estes modelos formativos especiais, *vide* desenvolvidamente ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 141 e ss., 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

²⁸ Sobre a noção e o alcance do princípio da livre estipulação contratual, *vide* COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 215 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000; FERNANDES, L. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 398 e ss., 5.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 2010; VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 246 e ss., 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

²⁹ Compreende-se assim que uma das principais características do regime jurídico das relações contratuais consumeristas consista, justamente, na limitação da autonomia privada, a qual se encontra ainda subjacente a diversos outros traços desse regime (v.g., carácter injuntivo

4.1. *Cláusulas Contratuais Gerais*

I. Dificilmente se poderia encontrar uma melhor ilustração da crise do referido princípio jusprivatístico geral, no mundo da contratação mercantil em massa dos nossos dias, do que os contratos de consumo. Com efeito, é hoje visível a olho nu que uma boa parte de tais contratos, antes que representar negócios jurídicos cujo conteúdo é livremente negociado e acordado entre as partes, corresponde a verdadeiros *contratos de adesão* (*contrat d'adhésion, standard form contract, Standardvertrag*) cujo conteúdo é determinado unilateralmente e de antemão por uma das partes (empresário ou profissional), consubstanciando-se em cláusulas contratuais uniformes ou padronizadas destinadas a uma massa indeterminada de destinatários, às quais a contraparte (consumidor) se limita pura e simplesmente a aderir ou a rejeitar em bloco³⁰.

II. Os contratos de consumo, construídos com recurso a cláusulas contratuais gerais, encerram obviamente *riscos* para os consumidores aderentes, a que a ordem jurídica não poderia ficar indiferente. Por definição, afastando o consumidor de qualquer intervenção na definição do conteúdo negocial, tais contratos representam uma espécie de versão atualizada da velha máxima “pegar ou largar” no mundo dos negócios: deixando apenas ao consumidor a alternativa de aceitar ou rejeitar em bloco o contrato padronizado, tal tipo de contratação coloca-o perante o dilema de celebrar o negócio, aderindo de olhos fechados às cláusulas preestabelecidas, ou

das normas jusconsumeristas e conseqüente nulidade das convenções a ela contrárias: cf. art. 16.º da LDC). Cf. DAMM, Reinhard, *Privatautonomie und Verbraucherschutz*, in: 39 “Versicherungsrecht – Juristische Rundschau für die Individualversicherung” (1999), 129-141; MELLER-HANNICH, Caroline, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Mohr, Tübingen, 2005; para uma imbricação destes dois domínios, SANTOS, T. Moura, *A Tutela do Consumidor entre os Contratos de Adesão e as Práticas Comerciais Desleais*, in: 1 “Revista Electrónica de Direito” (2016), 1-53.

³⁰ Sobre os contratos de consumo como contratos de adesão, vide BARBOSA, A. Miranda, *Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor*, in: 3 “Estudos de Direito do Consumidor” (2001), 389-424; MIRANDA, Yara, *As Cláusulas Contratuais Abusivas em Matéria de Relações de Consumo*, in: AAVV, “Direito Privado e Direito Comunitário – Alguns Ensaio”, 643-750, Âncora Editora, Lisboa, 2007. Para uma resenha da nossa Jurisprudência mais recente, vide BAPTISTA, Fátima, *Cláusulas Abusivas nos Contratos com os Consumidores*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 13-39.

rejeitá-lo, privando-se do bem ou serviço pretendido. Além disso, não se pode perder de vista que a *desigual posição das partes contratantes* (*inequality of bargaining power*) acentua ainda mais o perigo de abusos: com efeito, se o proponente, assessorado de recursos financeiros, humanos e técnicos sofisticados, está em condições de assegurar uma regulamentação contratual exaustiva e adequada dos seus próprios interesses, o aderente, ao invés, encontra-se amiúde numa situação de desproteção, já que, colocado diante de modelos ou formulários contratuais supinamente minuciosos e técnicos, não dispõe frequentemente do tempo, da vontade ou até das competências necessárias para se aperceber do significado e do alcance de boa parte desse clausulado³¹.

III. Neste domínio, assume importância crucial o *regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, instituído pela “Lei das Cláusulas Contratuais Gerais” (LCCG), aprovada através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro³². Relevantes para efeito dos contratos de consumo são as regras relativas à noção e aos requisitos das cláusulas contratuais gerais, ao âmbito de aplicação, à interpretação e integração e, muito em particular, à previsão de cláusulas contratuais proibidas.

IV. A *noção* e as *caraterísticas* das cláusulas contratuais gerais extraem-se do preceito inaugural da LCCG (art. 1.º, n.º 1): dizem-se cláusulas contratuais gerais o conjunto de cláusulas negociais elaboradas sem prévia negociação individual que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar. Os contratos de consumo que incorporem tais clausulados gerais passam a ficar subordinados ao regime legal, independentemente de o conteúdo negocial se esgotar em tais clausulados ou

³¹ Certos autores falam sugestivamente da situação de “inferioridade dos profanos perante os profissionais” (GHESTIN, Jacques, *La Formation du Contrat*, 53, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1993). Sobre os fundamentos da disciplina e controlo legal das cláusulas abusivas gerais, veja-se desenvolvidamente RIBEIRO, J. Sousa, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, especialmente 323 e ss., Almedina, Coimbra, 1999.

³² Sobre tal regime, vide BARROS, J. Araújo, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha de Jurisprudência*, Wolters Kluwer/ Coimbra Editora, 2010; COSTA, M. Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 1999; COSTA, M. Almeida/ CORDEIRO, A. Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de julho*, Almedina, Coimbra, 1986; PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao DL n.º 446/85, 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.

prever simultaneamente outras cláusulas particulares ou individuais, sendo uma das partes contratantes designada “proponente” e a outra “aderente”. Da noção legal resulta que as cláusulas contratuais gerais se identificam por um conjunto de *elementos essenciais* ou necessários (predisposição unilateral, generalidade, imodificabilidade) e *elementos naturais* frequentes embora não necessários (desigualdade dos contraentes, complexidade e standardização)³³. As cláusulas contratuais gerais devem consistir necessariamente em condições pré-elaboradas unilateralmente por um dos contraentes (predisposição unilateral) a fim de serem inseridas ou incorporadas numa pluralidade de contratos (generalidade) e de serem acolhidas em bloco e imutavelmente por quem as subscreve ou aceita (imodificabilidade). Além disso, as cláusulas contratuais gerais surgem usualmente, embora não forçosamente, no âmbito de contratos celebrados entre partes com diferente poderio económico (desigualdade das partes) e de conteúdo negocial particularmente intrincado (complexidade), aparecendo vertidas em documentos escritos ou eletrónicos de natureza formulária (standardização)³⁴.

V. Aspeto igualmente relevante são as normas em matéria da *interpretação e integração* das cláusulas contratuais gerais, seja através de remissão genérica para as regras hermenêuticas gerais dos arts. 236.º e segs. do CCivil (art. 10.º da LCCG), seja ressaltando expressamente que o risco da ambiguidade das cláusulas corre por conta do proponente, o que, de algum modo, já resultaria daquelas regras gerais (art. 11.º, n.º 2 da LCCG)³⁵. O art. 11.º da LCCG, sob a epígrafe “Cláusulas Ambíguas”, estabelece que “as cláusulas contratuais

³³ Sobre as características essenciais das cláusulas contratuais gerais, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Contratos*, vol. I, 196 e ss., 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018; COSTA, M. Almeida/CORDEIRO, A. Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de julho*, 17, Almedina, Coimbra, 1986.

³⁴ Aspeto relevante é ainda a amplitude do regime aplicável: em princípio, aquele considera-se aplicável a *todas e quaisquer cláusulas contratuais* que correspondam à noção legal, independentemente da sua forma de comunicação (v.g., formulários, catálogos, prospectos, anúncios publicitários, *sites* e páginas *web*), da sua extensão (v.g., totalidade ou parte do conteúdo negocial), do seu teor (v.g., elementos essenciais ou acessórios do contrato) ou da sua autoria (v.g., elaboradas pelo proponente ou por terceiro) (art. 2.º da LCCG).

³⁵ Um problema interpretativo recorrente consiste na frequente erosão do jargão dos contratos comerciais padronizados (*commercial boilerplate*), decorrente do seu uso massificado, criando verdadeiros “buracos negros” (*black holes*) hermenêuticos de difícil resolução para os

ambíguas têm o conteúdo que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real” (n.º 1), acrescentando ainda que “na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente” (n.º 2)³⁶. A razão de ser desta norma é também inequívoca. Em princípio, a interpretação e a integração dos contratos de adesão (*rectius*, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais) são realizadas de acordo com as regras comuns previstas para os negócios jurídicos em geral nos arts. 236.º e segs. do CCivil (art. 10.º da LCCG), valendo ainda, em caso de ambiguidade de uma determinada cláusula contratual, o sentido que lhe seria atribuído por um aderente normal colocado na posição do aderente real (art. 11.º, n.º 1 da LCCG). Todavia, se tal ambiguidade ou obscuridade permanecer insanável mesmo após o recurso a tais regras, prevê o legislador a regra da *interpretação mais favorável ao aderente*, segundo a qual à cláusula ambígua será imputado o sentido que se mostrar mais favorável a este (*ambiguitas contra stipulatorum* ou *in dubio contra proferentem*) (art. 11.º, n.º 2 da LCCG)³⁷. Verdadeiramente, antes que um cânone interpretativo *hoc sensu*, estamos diante de uma regra integradora de carácter sancionatório (*penalty rule*): sendo as cláusulas gerais predispostas unilateralmente pelo proponente do contrato, justo é fazer recair sobre ele o risco de eventuais ambiguidades do texto negocial, até como forma de prevenir ou incentivar-lo a redigi-las de forma clara³⁸.

tribunais: sobre a questão, CHOI, Steven/ GULATI, Mitu/ SCOTT, Robert, *The Grey Hole Problem in Commercial Boilerplate*, Columbia Law and Economics Working Paper 547, 2016.

³⁶ Sobre tal disposição, COSTA, M. Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 22, 2ª edição, UCP Editora, Lisboa, 1999; COSTA, M. Almeida/ CORDEIRO, A. Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Julho*, 32, Almedina, Coimbra, 1986; SÁ, Almeno, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 67 e s., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001. Noutros quadrantes, para disposições idênticas ou congêneres (v.g., §5 do “AGBG” alemão, art. 1370 do “Codice Civile” italiano, art. 6.º, n.º 2 da “Ley sobre Condiciones Generales de Contratación” espanhola), vide MÉNENDEZ, Aurélio/ LÉON, L. Ponce (dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, 384 e ss., Civitas, Madrid, 2002.

³⁷ Nos termos do Acórdão do TJUE de 20-IX-2018 (“*OTP Bank Nyrt. v. Teréz / Kiss*”), o carácter abusivo de uma cláusula contratual não clara, que faz recair o risco cambial sobre o mutuário e que não reflete as disposições legislativas, pode ser objeto de fiscalização jurisdicional (in: ECLI:EU:C:2018:750).

³⁸ Como salienta Jesus Alfaro ÁGUILA-REAL, o princípio *ambiguitas contra stipulatorum* possui duas funções: “Em primeiro lugar, distribuir equitativamente os riscos da ambiguidade

VI. Por último, e mais importante, uma atenção especial deve merecer o fulcro do regime legal, constante dos arts. 15.º a 23.º da LCCG, relativos às *Cláusulas Contratuais Gerais Proibidas*³⁹. A centralidade deste conjunto de disposições legais – outrossim que representar o “cerne”⁴⁰ ou “aspeto nuclear”⁴¹ da própria economia global do diploma legal – resulta da circunstância de ser nele que se consubstancia a limitação do conteúdo dos contratos de consumo: tal limitação traduz-se, basicamente, num princípio geral de controlo (arts. 15.º e 16.º da LCCG) e num extenso catálogo de cláusulas proibidas concretas (arts. 20.º a 22.º da LCCG).

VII. O *princípio geral de controlo* está assente no mandamento da boa-fé (art. 15.º da LCCG), ao qual acrescenta, como diretiva concretizadora⁴², a ponderação dos valores fundamentais do direito em face da situação considerada, designadamente a confiança suscitada nas partes e os objetivos negociais pretendidos (art. 16.º da LCCG)⁴³. É, todavia, evidente que o controlo ou a sindicância efetiva das cláusulas contratuais gerais nos negócios de consumo seria, pura e simplesmente, impraticável caso assentasse exclusivamente num tal mandamento jusprivatístico de caráter genérico: por essa razão, o legislador consagrou um extenso *catálogo ou “lista negra”*

da declaração, imputando-os ao seu autor; e, em segundo lugar, estimular o predisponente a expressar-se claramente, penalizando-o no caso de não o fazer com uma interpretação contrária aos seus interesses” (*La Interpretación de las Condiciones Contractuales Generales*, 51, in: 183 “Revista de Derecho Mercantil” (1987), 7-61). Sobre este princípio, *vide* desenvolvidamente JÍMEZ, M. Díaz, «*Interpretatio contra Stipulatorem*» y *Princípio de Interpretación más Favorable al Consumidor*, in: XVIII “Actualidad Civil” (1994), 315-328; WÄCKE, Andreas, «*Ambiguitas contra Stipulatorem*», in: “Juristische Blätter” (1981), 666-673.

³⁹ Intimamente conexo com ele, estão ainda o Capítulo IV, que prevê a disciplina da invalidade das cláusulas proibidas (arts. 12.º a 14.º), e o Capítulo VI, que prevê os meios processuais de reação às cláusulas proibidas, em especial a ação inibitória (arts. 24.º a 34.º).

⁴⁰ CORDEIRO, A. Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 594, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

⁴¹ COSTA, M. Almeida/ CORDEIRO, A. Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de julho*, 37, Almedina, Coimbra, 1986.

⁴² Segundo alguns, aliás, de valor precativo duvidoso: cf. VASCONCELOS, P. Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 631, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008.

⁴³ ASCENSÃO, J. Oliveira, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-Fé*, in: 60 “Revista da Ordem dos Advogados” (2000), 573-595; RIBEIRO, J. Sousa, *A Boa Fé como Norma de Validade*, esp. 720 e ss., in: “Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Castanheira Neves”, vol. II, 667-732, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

de cláusulas proibidas relativas aos contratos celebrados entre empresários e consumidores finais (arts. 20.º a 22.º da LCCG). Tais cláusulas foram agrupadas pelo legislador em duas classes ou tipos fundamentais: as cláusulas *absolutamente proibidas* (art. 21.º da LCCG) e as cláusulas *relativamente proibidas* (art. 22.º da LCCG). A contraposição legal assenta fundamentalmente no critério do alcance ou efeitos da proibição: ao passo que as cláusulas do primeiro tipo são sempre vedadas em contratos de adesão (sendo a sua inclusão ou inserção sancionada com a nulidade da cláusula: cf. art. 12.º da LCCG)⁴⁴, as cláusulas do último tipo poderão ser ou não vedadas, consoante o juízo de valor que sobre elas for realizado à luz do quadro negocial no seu conjunto (ou seja, podendo ser nulas ou válidas consoante o “quadro negocial padronizado”: cf. art. 22.º, proémio, da LCCG)⁴⁵.

VIII. As primeiras (cláusulas *absolutamente proibidas*), constantes do art. 21.º da LCCG, podem ser classificadas em dois grupos: cláusulas relativas aos direitos e deveres contratuais e cláusulas relativas às garantias do consumidor⁴⁶.

⁴⁴ Uma vez declarada a nulidade, o aderente pode optar pela manutenção do contrato (art. 13.º, n.º 1 da LCCG), o que implica a vigência, na parte afetada, das normas legais supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (art. 13.º, n.º 2 da LCCG). Caso o aderente não exerça a faculdade prevista pelo art. 13.º, ou o seu exercício originar um desequilíbrio de prestações gravemente lesivo da boa-fé, passará a vigorar o regime geral da redução dos negócios jurídicos (art. 292.º do CCivil).

⁴⁵ Justamente em virtude da necessidade de realização de um juízo valorativo sobre o quadro negocial padronizado, numerosas proibições relativas constantes do elenco legal recorrem a conceitos indeterminados, como tais carecidos de concretização caso a caso: v.g., “pré-aviso adequado”, “motivo adequado”, “prazos manifestamente curtos”, “antecipações exageradas” e outros semelhantes. Sobre o referido juízo valorativo, *vide* o Acórdão do STJ de 21-III-2006 (Alves Velho), in: XIV CJ/STJ (2006), I, 145-148.

⁴⁶ Para algumas ilustrações jurisprudenciais de cláusulas abrangidas pelo art. 21.º da LCCG, vide o Acórdão do STJ de 3-XII-1998 (Armando Lourenço), sobre condições gerais de utilização de cartões de crédito (in: VI CJ/STJ (1998), III, 140-145); o Acórdão do STJ de 17-VI-1999 (Abílio de Vasconcelos), sobre condições gerais de utilização de cartões de crédito (in: VII CJ/STJ (1999), II, 148-150); o Acórdão do STJ de 19-XI-2002 (Azevedo Ramos), sobre condições gerais de utilização de cartão eurocheque (in: X CJ/STJ (2002), III, 135-139); o Acórdão do STJ de 19-IX-2006 (Moreira Camilo), a propósito de contrato de aluguer de longa duração (in: XIV CJ/STJ (2006), III, 59-63); o Acórdão da RL de 9-VI-1994 (Flores Ribeiro), a propósito de contratos predispostos por empresa bancária relativos à utilização de eurocheques (in: XIX CJ (1994), III, 107-109); e o Acórdão da RL de 8-XI-2007 (Carla

Por um lado, temos cláusulas relativas aos *direitos e deveres contratuais*: são assim vedadas, em qualquer, caso as cláusulas que “limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, diretamente por quem as predisponha ou pelo seu representante” (alínea a)), “confiram, de modo direto ou indireto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos” (alínea b)), “permitam a não correspondência entre as prestações a efetuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação” (alínea c)) ou “excluem os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas” (alínea d)). Trata-se, no essencial, de impedir que o predisponente, através de uma regulação contratual injustificada dos seus direitos e deveres – mormente, uma limitação das suas obrigações contratuais ou uma exclusão das garantias legais de prestação isenta de vícios – possa afetar a concreta obtenção, por parte dos consumidores finais, dos bens ou serviços que são objeto do contrato.

Por outro lado, temos ainda cláusulas relativas às *garantias do consumidor*: aqui se incluem as cláusulas que “atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspetos jurídicos, quer em questões materiais” (alínea e)), “alterem as regras respeitantes à distribuição do risco” (alínea f)), “modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos” (alínea g)), ou “excluem ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei” (alínea h)). Trata-se agora de prevenir que a posição do consumidor possa ser afetada por expedientes destinados a diminuir as suas garantias, seja através de uma redistribuição do risco contratual, do risco em sede probatória ou ainda do risco em sede de resolução de conflitos.

IX. As *cláusulas relativamente proibidas*, cujo elenco consta do art. 22.º, n.º 1 da LCCG, podem também ser ordenadas funcionalmente em vários grupos: cláusulas relativas à duração, vigência e termo do contrato, cláusulas

Mendes), sobre condições gerais de serviço de “internet” (in: XXXII CJ (2007), V, 84-87). Sobre o fenómeno no âmbito imobiliário, vide OLMOS, C. Ranzini, *Práticas e Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo de Aquisição Imobiliária*, Almedina, São Paulo, 2015.

relativas ao cumprimento do contrato, cláusulas relativas ao preço e cláusulas relativas a matérias heterogêneas⁴⁷.

Um primeiro grupo é composto por cláusulas relativas à *duração, vigência e termo contratuais*: aqui se incluem as que “prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia” (alínea a)), “permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção” (alínea b)), “atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado” (alínea c); cf., todavia, o n.º 2), “imponham a renovação automática de contratos através do silêncio da contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de vontade contrária a essa renovação se encontre excessivamente distante do termo do contrato” (alínea h)) ou “confirmam a uma das partes o direito de pôr termo a um contrato de duração indeterminada, sem pré-aviso razoável, exceto nos casos em que estejam presentes razões sérias capazes de justificar semelhante atitude” (alínea i)).

Um segundo grupo é constituído por cláusulas relativas ao *cumprimento contratual*: aqui se abrangem as cláusulas que “afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para o exercício de direitos emergentes dos vícios da prestação” (alínea g)), “imponham antecipações de cumprimento exageradas” (alínea l)), ou “fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes” (alínea n)).

Um terceiro conjunto é representado por cláusulas relativas ao *preço*: aqui se abrangem as cláusulas que “estipulem a fixação do preço de bens

⁴⁷ Para ilustrações jurisprudenciais de cláusulas proibidas pelo art. 22.º da LCCG, *vide* o Acórdão do STJ de 6-VI-1993 (Figueiredo de Sousa), a propósito de contrato de empresa de fornecimento de gás, que também incluía cláusulas proibidas pelo art. 18.º, a) a d) da LCCG (in: 427 BMJ (1993), 509-515); o Acórdão do STJ de 23-XI-1999 (Garcia Marques), a propósito de cláusulas de livre denúncia em contratos bancários de cartão de débito (in: 491 BMJ (1999), 241-257); o Acórdão do STJ de 19-IX-2006 (Moreira Camilo), a propósito de contrato de aluguer de longa duração (in: XIV CJ/STJ (2006), III, 59-63); o Acórdão do STJ de 17-V-2007 (Oliveira Rocha), relativo a cláusula de livre denúncia inserta em contrato de utilização de cartão bancário (in: XV CJ/STJ (2007), II, 77-80); e o Acórdão da RL de 27-II-2003 (R. Ribeiro Coelho), relativo a cláusula de livre redução e resolução em contrato de seguro (in: XXVIII CJ (2003), I, 118-122).

na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às negociações” (alínea d)), “permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o artigo 437.º do Código Civil” (alínea e); cf., todavia, os n.ºs 3 e 4), e “impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem” (alínea f)).

Por fim, uma última categoria residual respeita a cláusulas com *finalidades heterogéneas*: são exemplos as cláusulas que “impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros” (alínea j)), “estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar” (alínea m)) ou “exijam, para a prática de atos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais” (alínea o))⁴⁸.

X. A terminar, vai ainda a tempo de advertir para dois aspetos complementares, mas importantes, do regime das cláusulas contratuais gerais com reflexos na disciplina da contratação de consumo. O primeiro diz respeito à *relevância das “listas negras” relativas aos contratos celebrados entre empresários*. É consabido que a LCCG repousa numa distinção fundamental entre duas categorias de cláusulas proibidas, assente no critério do *status* das partes contratantes: cláusulas relativas a “relações entre empresários ou entidades equiparadas” (arts. 17.º a 19.º da LCCG) e cláusulas relativas a “relações com consumidores finais” (arts. 20.º a 22.º da LCCG): ora, por força da parte final do art. 20.º da LCCG (que considera ainda aplicáveis “as proibições constantes das seções anteriores”), será também vedada a inclusão nos contratos de consumo das cláusulas proibidas constantes dos elencos dos arts. 18.º e 19.º da LCCG⁴⁹. O segundo aspeto prende-se com

⁴⁸ Um exemplo recente do relevo prático destas cláusulas são as chamadas *cláusulas de fidelização* do consumidor, consistentes na previsão de um período contratual mínimo (“período de fidelização”) nos contratos de consumo duradouros ou sem termo (art. 8.º, n.º 1, h) da LDC, art. 4.º, n.º 1, p) da LCCD, art. 48.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro). Cf. CARVALHO, J. Morais, *Período de Fidelização*, in: AAVV, “I Congresso de Direito do Consumo”, 51-72, Almedina, Coimbra, 2016; na Jurisprudência, Acórdão do STJ de 14-XI-2013 (João Trindade), in: XXI CJ/STJ (2013), III, 131-135.

⁴⁹ A justificação para tal perímetro alargado de aplicação prende-se essencialmente com a natureza mais débil dos aderentes, que aqui são consumidores e não empresários ou

a relevância do controlo legal *ao nível da própria formação* dos contratos de consumo, que não apenas do seu conteúdo. As cláusulas contratuais gerais constituem meros modelos contratuais padronizados e uniformes que, sendo pré-elaborados para uma pluralidade indeterminada de contratos, apenas adquirem relevância jurídica se e a partir do momento em que são inseridas em contratos de adesão singulares e concretos, mediante a aceitação ou adesão do destinatário. Ora, justamente para assegurar a proteção do aderente logo na fase pré-contratual e de formação contratual, o legislador previu uma disciplina especial que fez depender a inserção das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares de um dever de comunicação ao aderente dessas cláusulas (art. 5.º da LCCG), de um dever de informação sobre o alcance destas (art. 6.º da LCCG) e da inexistência de cláusulas contratuais particulares prevalentes (art. 7.º da LCCG): a inobservância destes deveres é sancionada com a sua expurgação do contrato de adesão celebrado (art. 8.º da LCCG), o qual, em princípio, subsistirá mediante o recurso às normas supletivas e integradoras gerais (art. 9.º da LCCG)⁵⁰.

4.2. Práticas Comerciais Desleais

I. Do mesmo passo, constitui também marca distintiva da moderna contratação mercantil o recurso frequente dos empresários e profissionais – na desbragada ânsia de venderem os seus produtos e serviços, derrotarem

profissionais liberais agindo nessa qualidade. Atentas as necessidades acrescidas de proteção neste caso, compreende-se que às proibições específicas previstas na lei se aditem, *ad fortiori*, as proibições relativas aos casos em que o aderente é um empresário ou profissional liberal – as quais acabam, assim, por funcionar como uma espécie de *mínimo denominador comum* para a utilização de cláusulas contratuais gerais em qualquer tipo de contrato de adesão. Cf. também COSTA, M. Almeida, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 25, 2.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 1999.

⁵⁰ Sublinhe-se a diversidade das consequências no plano da formação e do conteúdo negociais: ao passo que as cláusulas que envolvam a violação das regras de inserção contratual são sancionadas com a sua *exclusão* do contrato, considerando-se liminarmente expurgadas do acordo e não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, as cláusulas que envolvem a violação de regras relativas ao conteúdo do contrato (cláusulas contratuais “proibidas” ou abusivas: cf. arts. 15.º e segs. da LCCG) são feridas de *nulidade*, o que significa que, embora inválidas, não deixam de produzir efeitos práticos até à eventual declaração da sua nulidade.

os seus concorrentes e maximizarem os seus lucros – a práticas comerciais suscetíveis de afetar a liberdade contratual dos consumidores: exibir marcas de confiança sem autorização necessária, promover a venda de um produto a preço inferior a fim de vender outro, criar a ilusão de ofertas gratuitas ou prémios associados ao ato da compra, envolver o consumidor em esquemas de pirâmide e enviar-lhe bens ou serviços não encomendados são apenas alguns exemplos por todos nós conhecidos dessas práticas comerciais desleais (*unfair commercial practices, unlautere geschäftlichen Handlungen, pratiques commerciales déloyales, pratiche commerciali sleale*)⁵¹.

II. Tradicionalmente, a repressão destas práticas foi obtida exclusivamente através do instituto da concorrência desleal. Esta situação, todavia, mostrava-se duplamente insatisfatória: por um lado, este instituto visa classicamente a proteção dos interesses das empresas concorrentes e dos interesses gerais de organização do mercado, só reflexamente tutelando os interesses dos consumidores lesados por atos de concorrência desleal; por outro lado, as legislações nacionais em matéria de práticas comerciais desleais exibem diferenças significativas, criando assim um complexo mosaico regulatório no âmbito das relações comerciais transfronteiriças entre empresas e consumidores. A fim de colmatar esta lacuna, o legislador português – sob a batuta direta do legislador comunitário (Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio)⁵² – instituiu um regime jurídico específico em matéria

⁵¹ Sobre tais práticas e a tutela do consumidor, *vide*, entre nós, CARDOSO, Elionora, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Proteção nas Relações com os Consumidores ou uma Limitação à Livre Concorrência e à Liberdade Contratual?*, Diss., Lisboa, 2014; CARVALHO, J. Morais, *Práticas Comerciais Desleais das Empresas Face aos Consumidores*, in: III “Revista de Direito das Sociedades” (2011), 187-219; LEITÃO, L. Menezes, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 369-386, Almedina, Coimbra, 2012; LIZ, J. Pegado, *Práticas Comerciais Desleais*, in: IV “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2014), 79-141; OLIVEIRA, E. Dias, *Práticas Comerciais Proibidas*, in: III “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2006), 147-173; SIMÃO, J. Carita, *A Repressão das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, in: 4 “Revista de Direito das Sociedades” (2012), 1009-1045. Noutros quadrantes, *vide* MINERVINI, ENRICO/ CARLEO, Liliana, *Le Pratiche Commerciali Sleali*, Giuffrè, Milano, 2007; GUERINONI, ENZIO, *Pratiche Commerciali Scorrette*, Giuffrè, Milano, 2010; SCHMIDTKE, Stefan, *Unlautere geschäftliche Handlungen bei und nach Vertragsschluss*, H. Utz Verlag, München, 2011.

⁵² Sobre esta Diretiva, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, *vide* MARTINS, A. Soveral, *A Transposição da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26*

de *práticas comerciais desleais nas relações das empresas com os consumidores*: falamos da “Lei das Práticas Comerciais Desleais” (LPCD), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. De entre os múltiplos aspetos a salientar, destaque-se a vocação genérica do regime legal, a proibição geral de práticas comerciais desleais e a previsão das modalidades principais dessas práticas.

III. Relativamente ao seu âmbito de aplicação, merece ser, desde logo, sublinhada a *vocação genérica do regime legal*. Com efeito, como logo no seu preceito inaugural se esclarece expressamente, o referido regime é “aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço (...)” (art. 1.º da LPCD). Tal significa que o regime proibitivo legal das práticas comerciais desleais (art. 4.º da LPCD), longe de se confinar ao conteúdo dos contratos de consumo, vale tendencialmente para a totalidade do espetro das relações jusnegociais entabuladas entre empresas e consumidores, abrangendo indistintamente negócios jurídicos bilaterais (contratos) ou unilaterais e indo desde o plano da negociação e da formação negociais até ao do cumprimento e dos efeitos pós-contratuais. Nesta oportunidade, concentramo-nos exclusivamente naquelas disposições legais que, com vista a proteger o consumidor nas suas relações com as empresas, funcionam como limitações ao conteúdo dos contratos comerciais celebrados entre ambos⁵³.

IV. Relativamente à *cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais* (art. 4.º da LPCD), são três os pressupostos essenciais: a existência de um contrato de consumo – *rectius*, de uma relação jurídica de consumo entre um empresário/profissional e um consumidor –, a existência de uma prática comercial – ou seja, qualquer conduta ativa ou omissiva do empresário/profissional relacionada diretamente com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor (art. 3.º, d) da LPCD) – e a natureza desleal dessa prática – decorrente da sua desconformidade com o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode

de março, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, vol. I, 569-585, Almedina, Coimbra, 2011; mais desenvolvimentos em KOLB, Stefan, *Die Übergangsregelung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

⁵³ Sobre o relevo destas normas no plano da negociação e da formação contratuais, em particular dos deveres pré-contratuais de informação, *vide já supra* § 2-1.

razoavelmente esperar daquele nas suas relações com este, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral de boa-fé no âmbito da atividade profissional (“conformidade à diligência profissional”: cf. arts. 3.º, h) e 5.º, n.º 1 da LPCD)⁵⁴ e da distorção ou suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor seu destinatário relativamente a certo bem ou serviço, conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo (“distorção do comportamento do consumidor”: cf. arts. 3.º, e) e 5.º, n.º 1 da LPCD)⁵⁵.

V. Finalmente, importa ainda referir a distinção legal entre duas *modalidades específicas* de práticas comerciais desleais: as práticas enganosas e as práticas agressivas (art. 6.º da LPCD)⁵⁶.

VI. Em termos gerais, são consideradas *enganosas* as práticas comerciais adotadas por uma empresa nas suas relações negociais com os consumidores dos respetivos bens e serviços que, *veiculando informações suscetíveis de induzir em erro ou omitindo informações substanciais para uma decisão negocial esclarecida*, conduzem ou são suscetíveis de conduzir um consumidor a tomar a decisão de celebrar um contrato que este não teria tomado de outro modo (arts. 7.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1, a) da LPCD)⁵⁷.

⁵⁴ LUCHETTI, Luca, *Pratiche Commerciali Sleali e Diligenza Professionale: Profili Comparatistici e Diritto Europeo*, Diss., Macerata, 2012.

⁵⁵ RODRIGUES, H. Rigor, *A Cláusula Geral das Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores*, in: 758 “JusNet – Wolters Kluwer” (2009), 1-27. Tão relevante quanto problemático, para estes efeitos, é o conceito de “consumidor médio”, enquanto referente da aplicação das normas comunitárias e nacionais na matéria (art. 5.º, n.º 2 da LPCD): cf. KRÜGER, M. Gálvez, *O Consumidor de Referência para Avaliar a Deslealdade da Publicidade e de Outras Práticas Comerciais*, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, vol. I, 521-548, Almedina, Coimbra, 2011.

⁵⁶ Tal significa dizer que, ao lado da cláusula geral das práticas comerciais desleais, o legislador previu e regulou as modalidades especiais mais comuns dessas práticas – as quais, por seu turno, são também reguladas através de uma cláusula geral (arts. 7.º e 11.º da LPCD) e um elenco casuístico (arts. 8.º e 12.º da LPCD). Sublinhe-se que, ao lado das duas referidas no texto, a lei previu ainda uma terceira: as práticas contra *consumidores particularmente vulneráveis* (art. 6.º, a) da LPCD) (cf. RODRIGUES, H. Rigor, *A Proteção dos Consumidores Particularmente Vulneráveis nas Práticas Comerciais Desleais*, in: 56 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2008), 83-118).

⁵⁷ Sobre a figura, LOK, Ka Long, *A Tutela dos Consumidores nas Publicidades Enganosas*, esp. 429 e ss., in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 423-453.

Desta cláusula geral decorrem assim *limitações positivas e negativas* ao conteúdo dos contratos de consumo: o clausulado contratual deve (positivamente) fazer menção expressa e (negativamente) não conter informação inverídica ou falaz, relativamente aos vários aspetos substanciais da relação negocial estabelecida (v.g., características do bem ou serviço, seus riscos, seus acessórios, entrega, garantias de conformidade, preço e respetiva forma de cálculo, serviços pós-venda, obrigações da empresa, direitos do consumidor, etc.)⁵⁸. Mas o legislador foi mais longe, consagrando expressamente uma “*lista negra*” de práticas negociais enganosas, de caráter meramente exemplificativo: são, assim, proibidas e inválidas, entre outras, as cláusulas ou condutas que proponham ao consumidor-comprador a aquisição de determinado bem ou serviço, seguidas de alteração do preço respetivo, apresentação de amostra defeituosa ou recusa de fornecimento do mesmo, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente (“isco-troca”: cf. art. 8.º, f)); que envolvam o consumidor-comprador num sistema de promoção em que aquele dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema (vendas em “pirâmide”: cf. art. 8.º, r)); ou que apresente como característica distintiva da oferta do bem ou serviço vendidos direitos do consumidor previstos na lei (art. 8.º, m), todos da LPCD)⁵⁹.

VII. Por seu turno, são reputadas *agressivas* as práticas comerciais adotadas por uma empresa nas suas relações negociais com os consumidores dos respetivos bens e serviços que, *limitando ou sendo suscetíveis de limitar*

⁵⁸ Retenha-se, ainda, o disposto no art. 10.º, que contém um elenco dos aspetos negociais que devem necessariamente acompanhar a proposta contratual ou o convite a contratar, tais como as características principais do bem ou serviço, o endereço geográfico, a identidade do empresário e sua designação comercial, o preço (incluindo impostos e taxas) ou o modo como é calculado (bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, expedição, entrega e serviços postais), as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, ou existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou do contrato.

⁵⁹ Considerando que as práticas comerciais desleais podem fundamentar a recusa de registo de direitos privativos de propriedade industrial, mormente marcas (art. 304.º, n.º 1, e) do Código da Propriedade Industrial), vide LEITÃO, A. Menezes, *Práticas Comerciais Desleais como Impedimentos à Outorga de Direitos Industriais*, 562 e ss., in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, vol. I, 547-567, Almedina, Coimbra, 2011.

significativamente a liberdade de escolha destes devido a assédio, coação ou influência indevida, conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir um consumidor a tomar uma decisão de celebração contratual que não teria tomado de outro modo (art. 11.º, n.º 1 da LPCD)⁶⁰.

Sem dúvida que a grande maioria das situações abrangidas por tal cláusula geral, bem assim como pela “lista negra” exemplificativa prevista no art. 12.º, dirá respeito ao processo de negociação e formação contratual, não se projetando, desse modo, a não ser ocasional ou reflexamente, no teor dos contratos de consumo propriamente dito: assim, por exemplo, o TJUE qualificou recentemente como prática desleal agressiva a comercialização de cartões SIM que contêm serviços pré-instalados e previamente ativados, sempre que os consumidores não hajam sido informados previamente dessas condições⁶¹. Não obstante, a proibição legal da agressividade comercial não é totalmente inócua da perspetiva do conteúdo contratual: pense-se, por exemplo, na imposição contratual de uma obrigação a cargo de um tomador de seguro, que pretenda solicitar a liquidação do sinistro, de apresentar documentação irrelevante, designadamente com o fito de o dissuadir do exercício dos seus direitos contratuais (art. 12.º, d) da LPCD; cf. ainda os arts. 3.º e 19.º, n.º 2 da LCS).

VIII. Tanto as práticas enganosas como agressivas, para além de outras consequências de ordem vária – designadamente, a eventual responsabilização civil (art. 15.º) e contraordenacional (art. 21.º) do empresário –, podem dar origem à *invalidade* do contrato de consumo: nos termos da lei, “os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos gerais do artigo 287.º do Código Civil” (art. 14.º, n.º 1). Esta invalidade, todavia, poderá não ter lugar por vontade do próprio consumidor, que poderá optar alternativamente, seja por uma modificação dos termos contratuais realizada segundo juízos de equidade (art. 14.º, n.º 2), seja pela manutenção do contrato expurgado da cláusula ou cláusulas inválidas (art. 14.º, n.º 3, todos da LPCD)⁶².

⁶⁰ Sobre a figura, *vide* desenvolvidamente CARUSO, M. Adalgisa, *Pratiche Commerciali Aggressive*, Cedam, Padova, 2010.

⁶¹ Acórdão do TJUE de 13-VII-2018 (“*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*” c. “*Wind Tre SpA*” e “*Vodafone Italia Sp*”), in: ECLI: EU:C:2018:710.

⁶² Saliente-se, todavia, que o Acórdão do TJUE de 19-IX-2018 (“*Bankia SA v. Juan Carlos Mari e Outros*”) veio considerar que as legislações nacionais dos Estados-Membros não estão

5. Efeitos

I. Os contratos de consumo exibem também um conjunto de particularidades no plano dos respetivos *efeitos*: essas particularidades podem ser encontradas tanto no que diz respeito às obrigações contratuais do empresário/profissional (com particular destaque para o conceito de conformidade com o contrato) quanto às do próprio consumidor (com destaque para o preço).

II. Tradicionalmente, o cumprimento dos contratos reconduz-se exclusivamente à realização, pelo contraente devedor, da prestação de coisa ou de facto a que este se obrigou (art. 762.º, n.º 1 do CCivil): transposta esta doutrina clássica para os contratos de consumo, tal significaria dizer que o cumprimento contratual se esgota essencialmente na realização da prestação do empresário ou profissional (fornecimento do bem, prestação do serviço ou transmissão do direito) nas condições de lugar (arts. 772.º e segs. do CCivil) e de tempo (arts. 777.º e segs. do CCivil) decorrentes de acordo das partes ou disposição especial na lei. Tal visão tradicional revela-se inidónea para assegurar um nível de proteção suficientemente elevado ao consumidor, já que fragmenta essa proteção em caso de incumprimento da prestação devedora (*maxime*, a garantia da sua qualidade) por uma complexa plêiade de mecanismos de reação (erro sobre o objeto negocial, venda de coisas oneradas e defeituosas: cf. arts. 251.º, 905.º e segs., 913.º e segs. do CCivil), impede aquele de exigir a reparação ou substituição dos bens defeituosos nos casos em que o vendedor desconhece sem culpa o defeito e sujeita-o a um ónus de verificação das qualidades desses bens. Daí que existam múltiplas especialidades no âmbito da contratação de consumo⁶³.

impedidas de proibir que a validade de título executivo seja fiscalizada, oficiosamente ou a pedido das partes, à luz da existência de práticas comerciais desleais (in: ECLI: EU:C:2018:735).

⁶³ Não tomaremos aqui em consideração às disposições transitórias e excepcionais aprovadas na sequência da crise pandémica de 2020, como é o caso do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março (viagens organizadas), Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de março (espetáculos de natureza artística), Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março (proteção dos créditos das famílias e empresas), Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de abril (reservas de empreendimentos turísticos), Lei n.º 7/2020, de 10 de abril (serviços públicos essenciais), e Decreto-Lei n.º 20-E/2020, de 12 de junho (vendas em saldo). Sobre o ponto, *vide* CARVALHO, J. Morais, *COVID-19 e Direito do Consumo*, in: 152 “Revista do Ministério Público” (2020), 285-310.

5.1. *Conformidade com o Contrato*

I. Desde logo, ao arrepio desta doutrina clássica, o regime do cumprimento dos contratos de consumo encontra hoje o seu centro de gravidade regulatório no conceito de *conformidade com o contrato*, segundo o qual os bens, serviços ou direitos objeto de determinado contrato devem possuir as características acordadas pelos contraentes (qualidade, quantidade, tipo, etc.), servir as finalidades específicas a que se destinam e ser funcionalmente adequados às utilizações habituais de bens ou serviços idênticos (*conformity with the contract*, *Vertragsmäßigkeit*, *conformité au contrat*).

II. Tal conceito – que constitui crescentemente um elemento característico da contratação mercantil em geral⁶⁴ e que ecoa já essencialmente no direito à qualidade dos consumidores (art. 4.º da LDC)⁶⁵ – foi expressamente acolhido pelo art. 2.º da LVBC, que dispõe que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”, consagrando, assim, uma noção lata e uniforme de incumprimento que confere uma acrescida proteção ao consumidor⁶⁶. Isto significa também dizer que, para o mais clássico dos contratos civis (art. 874.º do CCivil) e comerciais (art. 463.º do CCom), o legislador português adotou uma *conceção lata e uniforme de incumprimento*, unificando debaixo de um

⁶⁴ Sobre o relevo deste conceito nos contratos comerciais em geral, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 250 e ss., 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

⁶⁵ Sobre o direito à qualidade dos bens de consumo, enquanto bens dotados de uma aptidão ou adequação funcional apreciada segundo as “legítimas expectativas do consumidor”, vide *supra* § 10-3. Sem prejuízo da sua eventual relevância ou inter-relações nos casos concretos, advirta-se que aquele conceito não se confunde com a exigência prevista na lei de uma “declaração de conformidade” dos fabricantes dos produtos na respetiva colocação de mercado, bem como de outros operadores económicos intervenientes no posterior circuito comercial (v.g., art. 18.º do Decreto-Lei n.º 57/2017, de 9 de junho). Cf. Acórdão da RL de 25-X-2017 (Ramos de Almeida), in: www.dgsi.pt.

⁶⁶ Sobre a noção e os critérios legais da conformidade contratual nas vendas de bens de consumo, vide ASSUNÇÃO, A. Filipa, *Os Direitos do Consumidor em Caso de Desconformidade do Bem com o Contrato na Compra e Venda de Bens de Consumo*, Diss., Universidade Nova, Lisboa, 2016; CARVALHO, J. Morais, *Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato*, in: 145 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (2016), 237-248; PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331; SILVA, J. Calvão, *Venda de Bens de Consumo*, 80 e ss., 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

conceito e um regime comuns aquilo que até então se encontrara disperso por uma variedade de noções (“defeito”, “vício”, “falta de qualidade”), regimes (cumprimento defeituoso, venda de coisas defeituosas e oneradas, erro sobre o objeto negocial) e preceitos jurídicos distintos (mormente, arts. 251.º, 799.º, n.º 1, 905.º, 913.º, e 1218.º do CCivil)⁶⁷.

III. Para além desta significativa evolução em termos dogmáticos, são igualmente evidentes os seus *efeitos práticos*. Ao passo que no regime clássico do cumprimento a proteção do comprador se encontrava espalhada por um intrincado feixe de mecanismos diferenciados consoante a coisa comprada padecesse de vícios materiais ou jurídicos, agora aquela é obtida de forma simples e unitária a partir do momento em que a coisa vendida apenas é conforme ao contrato se for entregue ao comprador sem qualquer limitação física, jurídica ou outra; e ao passo que o regime clássico do cumprimento se pautava pelo princípio *caveat emptor* (o comprador que se acautele), o regime assente na conformidade com o contrato inverte uma teleologia normativa centenária, que agora se inspira antes na máxima *caveat venditor* (o vendedor que se cuide)⁶⁸. A falta de conformidade da prestação devida com o contrato investe o consumidor afetado (*maxime*, o comprador) numa série de medidas de tutela, que consistem essencialmente, ressaltadas algumas *nuances*, num direito à reparação e substituição do bem desconforme, à redução do preço ou à resolução do contrato (arts. 45.º e segs. da Convenção de Viena, art. 3.º da Diretiva 1999/44/CE, art. 4.º da LVBC), cumulativamente com uma indemnização por perdas e danos (arts. 74.º e segs. da Convenção de Viena, art. 12.º, n.º 1 da LDC, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril)⁶⁹.

⁶⁷ Neste sentido, especialmente para os contratos de consumo, *vide* ALMEIDA, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 165 e ss., Almedina, Coimbra, 2005; SILVA, J. Calvão, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 102, Almedina, Coimbra, 2001.

⁶⁸ Segundo Lord STEIN, no caso “*Slater v. Finning*” (1997), “a mudança do «caveat emptor» para o «caveat venditor» constitui uma característica notável do desenvolvimento do Direito Comercial” (cf. BRADGATE, Robert, *Commercial Law*, 300, 3.ª edição, Butterworths, London, 2000). Sobre o ponto, *vide* ainda, entre nós, LEITÃO, L. Menezes, *Caveat Venditor? A Diretiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e Suas Implicações no Regime Jurídico do Contrato de Compra e Venda*, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor I. Galvão Telles”, vol. I, 263-303, Almedina, Coimbra, 2002.

⁶⁹ Cf., respetivamente, HERBER, Rolf, *The Rules of Convention Relating to Buyer’s Remedies in Cases of Breach of Contract*, especialmente 114 e ss., in: AAVV, “Problems of Unification

5.2. *Boa-Fé*

I. Pese embora tratar-se de um mandamento geral do cumprimento contratual (art. 762.º, n.º 2 do CCivil), importa salientar que a *boa-fé* na realização da prestação contratual foi objeto de uma consagração especial no âmbito dos contratos de consumo. Assim, para além da sua previsão em pleno âmbito dos direitos fundamentais dos consumidores (art. 9.º, n.º 1 do LDC) e do padrão de conduta contratual das suas contrapartes empresariais (art. 3.º, h) da LPCD), ela aflora expressamente no regime legal dos contratos à distância (art. 5.º, n.º 1 da LCCD) e dos contratos de serviços públicos essenciais (art. 3.º da LSPE)⁷⁰.

II. Repare-se, todavia, que essa exigência de *boa-fé* não é unidirecional ou exclusiva do cumprimento do empresário ou profissional, a ela se encontrando também submetidos os consumidores (que a violarão, por exemplo, ao celebrarem o contrato com o único propósito de utilizar e devolver posteriormente o bem dentro do prazo legal de exercício do direito de desistência)⁷¹.

5.3. *Lugar e Prazo da Prestação*

I. Cumpre ainda chamar a atenção para algumas particularidades do regime do lugar e prazo da prestação do empresário ou profissional. Quanto ao *lugar da prestação*, esta realiza-se usualmente no estabelecimento

of International Sales Law”, 104-129, Oceana, New York/ London/ Rome, 1980; PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 252 e ss., in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331; LEITÃO, L. Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 57 e ss., in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005) 37-73.

⁷⁰ CALDEIRA, Mirella, *A Boa-Fé Objetiva como Princípio Norteador das Relações de Consumo*, in: 2 “Revista do Curso de Direito da UM São Paulo” (2005), 193-217; JÚNIOR, R. Rosado, *A Boa-Fé na Relação de Consumo*, in: 14 “Revista de Direito do Consumidor” (1995), 20-27.

⁷¹ Sobre o abuso de direito no domínio jusconsumerista, *vide* FLORENÇA, Â. Marques, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, Diss., Universidade Nova de Lisboa, 2015. No caso específico das vendas de bens de consumo, ALVES, M. Santos, *Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformidade da Coisa Comprada e Sua Articulação com o Abuso de Direito*, 61 e ss., Diss., Universidade Nova de Lisboa, 2011.

comercial deste (art. 773.º do CCivil), sem prejuízo da existência de certas regras especiais (mormente, no caso dos contratos eletrónicos B2C e dos contratos de prestação de serviços públicos essenciais).

II. Já quanto ao *tempo da prestação*, importa advertir para o regime especial previsto no art. 9.º-B da LDC, o qual prevê que o empresário ou profissional deve entregar os bens na data ou dentro do período fixado pelo consumidor (art. 9.º-B, n.º 1) ou, na falta dessa fixação, sem demora injustificada até ao prazo máximo de 30 dias após a celebração do contrato (art. 9.º-B, n.º 2), sob pena de o consumidor poder resolver o contrato. Esse direito de resolução pode ser exercido após o decurso de prazo adicional fixado pelo consumidor (art. 9.º-B, n.ºs 4 e 5) ou de imediato, caso o empresário se recuse a entregar os bens ou se se tratar de prazo essencial (art. 9.º-B, n.º 6), ficando este obrigado à restituição da totalidade do montante pago por aquele no prazo de 14 dias (art. 9.º-B, n.º 7) ou, em caso de incumprimento, à devolução em dobro do montante pago, sem prejuízo de eventual indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais (art. 9.º-B, n.º 8, todos da LDC).

5.4. Preço

I. Se os contratos de consumo têm como efeito principal, do ponto de vista do empresário/profissional, a prestação de um bem, serviço ou direito em conformidade com o contrato, eles encontram-no, do ponto de vista do consumidor, no *pagamento de um preço*. O preço dos produtos e serviços constitui um elemento essencial e estratégico dos contratos de consumo, sendo objeto de importantes regras em matéria da sua existência, modalidades, indicação, fixação e pagamento.

II. Desde logo, sendo um elemento natural, o preço não é um elemento contratual necessário, podendo existir contratos de consumo *gratuitos*. Estes podem ser contratos gratuitos puros – em que o bem ou serviço é oferecido ao consumidor sem qualquer obrigação ou contrapartida (o que, todavia, pode integrar uma prática comercial desleal: cf. art. 8.º, z) da LPCD)⁷² – e

⁷² A oferta gratuita de bens e serviços de consumo, *maxime* em campanhas de divulgação de empresas ou produtos, está vedada em certos bens (v.g., tabaco: cf. art. 16.º da Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto), não se confundindo com a prestação de bens ou serviços não solicitados, que visam a conclusão de contratos onerosos (art. 9.º, n.º 4 da LDC, art. 12.º, f) da LPCD).

contratos gratuitos impuros ou híbridos – como sucede na oferta de bens ou serviços em contratos onerosos, seja no âmbito da celebração destes (em que ao consumidor é oferecido um ou mais bens a título gratuito, v.g., brindes, “pague dois, leve três”) (cf. ainda Decreto-Lei n.º 291/2001, de 20 de novembro, relativo à comercialização de géneros alimentícios com brinde)⁷³, seja na sequência ou em consequência dessa mesma celebração (v.g., acumulação de pontos em cartões de fidelização, prémios de concursos ou sorteios: cf. art. 8.º, x) da LPCD)⁷⁴.

III. Por outro lado, tenha-se presente que nem sempre o “preço” nos contratos de consumo consistirá necessariamente numa obrigação de prestação de uma quantia em dinheiro por parte do consumidor, podendo ainda ser relevantes outros *tipos de contraprestações com valor pecuniário ou patrimonial*. Tal poderá ser o caso de um número crescente de negócios ou relações jurídicas (especialmente, no domínio do comércio eletrónico) nos quais os bens são fornecidos ou os serviços são prestados ao consumidor em contrapartida da mera disponibilização por este último à empresa fornecedora ou prestadora dos seus *dados pessoais*: com efeito, tenha-se presente que os dados pessoais, que permitem identificar os consumidores e cujos armazenamento e tratamento automatizados podem fornecer modelos algorítmicos para a determinação das classes, preferências e tendências dos consumidores (*Big Data*), se transformaram hoje num bem transacionável de enorme valor económico⁷⁵. O seu relevo jurídico como modalidade de

⁷³ Cf. CARVALHO, J. Morais, *Reflexão em Torno dos Contratos Promocionais com Objeto Plural*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor C. Ferreira de Almeida”, vol. I, 499-520, Almedina, Coimbra, 2011. Os contratos promocionais que ofereçam bens de natureza diferente (v.g., oferta de um eletrodoméstico na adesão aos serviços de uma empresa) não se confundem com os *contratos ligados*, pois naqueles existe apenas um único contrato oneroso com um objeto misto, ao passo que nestes existem dois ou mais contratos autónomos com um objeto próprio, ligados entre si por um vínculo de subordinação. Sobre esta última figura, *vide supra* § 13-3.

⁷⁴ DUARTE, P. Mendonça, *Concurso com Atribuição de Prémio “Para a Melhor Frase” – Incumprimento do Promitente*, in: AAVV, “Conflitos de Consumo”, 211-213, Almedina, Coimbra, 2006.

⁷⁵ Sobre o relevo dos dados pessoais nas relações comerciais e de consumo, DE FRANCESCHI, Alberto/ LEHMANN, Michael, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection*, in: 1 “Italian Law Journal” (2017), 51-72; LOHSSE, Sebastian/ SCHULZ, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos, Baden-Baden, 2017;

contraprestação é hoje indiscutível em sede geral e abstrata, muito embora a sua qualificação definitiva só possa ser realizada em concreto caso a caso, especialmente tendo em atenção a apertada malha regulatória relativa à recolha, circulação e tratamento dos dados pessoais (LPDP, Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, Regulamento UE/2016/676, de 27 de abril, Diretiva UE/2016/680, de 27 de abril).

IV. Particularmente relevante é a *informação* sobre o preço dos produtos e serviços, a qual representa, além de condição de transparência e livre concorrência na economia de mercado, um pressuposto fundamental do poder de autodeterminação dos consumidores. O diploma base é o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril, que estabelece a indicação obrigatória do preço dos bens nas vendas a retalho⁷⁶, devendo ainda ter-se presente que a falta de informação sobre o preço poderá constituir uma violação dos direitos do consumidor (art. 8.º, n.º 1 da LDC) e uma prática comercial desleal (arts. 9.º, n.º 1 e 10.º, c) da LPCD), passíveis de sanções civis e contraordenacionais.

V. Destaque merece ainda o princípio geral de liberdade contratual da *fixação* do preço, o qual sofre, no domínio dos contratos de consumo, numerosas exceções legais. Tenha-se presente que existem preços máximos (v.g., medicamentos: cf. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1 de junho) e preços fixos (v.g., livros: cf. Decreto-Lei n.º 176/96, de 16 de setembro) de venda ao público de certos tipos de bens e serviços. Além disso, as vendas a retalho com redução de preço, visando escoar as existências, aumentar o volume de vendas ou promover o lançamento de novos produtos, são objeto de uma regulação própria com vista à proteção dos consumidores e do próprio mercado, que inclui regras especiais em matéria das modalidades de redução permitidas (saldos, promoções, liquidações) e da formação (“preços de referência”) e informação (“afixação”) dos preços dos bens

ZECH, Herbert, *Data as a Tradeable Commodity*, in: AAVV, “European Contract Law and the Digital Single Market”, 51-79, Intersentia, Cambridge, 2016.

⁷⁶ A que acrescem depois abundantes normas especiais sobre determinados produtos e serviços, v.g. Portaria n.º 99/91, de 2 de fevereiro (preços de serviços de reparação automóvel), Portaria n.º 128/94, de 1 de março (preços de táxis), Portaria n.º 297/98, de 13 de maio (preços de serviços médicos), Portaria n.º 240/2000, de 3 de maio (honorários de advogados), Decreto-Lei n.º 170/2005, de 10 de outubro (preços da gasolina), Decreto-Lei n.º 65/2007, de 14 de março (preços de medicamentos sujeitos a receita médica), e Decreto-Lei n.º 107/2017, de 30 de agosto (comissões bancárias).

ou serviços transacionados a preços reduzidos (Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março)⁷⁷.

VI. Finalmente, no que diz respeito ao *pagamento* do preço, a regra geral é a de que as partes contratantes são livres de acordar o meio de pagamento (v.g., numerário, cartões de débito, cartões de crédito, cheques), sendo proibido, todavia, que o empresário/profissional cobre ou desconte qualquer valor adicional ao preço contratado em função do meio utilizado (cf. Decreto-Lei n.º 3/2010, de 5 de janeiro, art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março). Saliente-se que se o comércio eletrónico veio, por um lado, criar novas modalidades de pagamento, por outro, e do mesmo passo, originou novos problemas: um deles é o chamado *wap billing*, modalidade de pagamento de conteúdos digitais de entretenimento (v.g., jogos, músicas, vídeos, toques, fundos de ecrã), acessíveis a dispositivos móveis sem fios (v.g., *smartphones*) por intermédio de protocolos de comunicação (WAP ou *Wireless Application Protocol*), que são faturados pelo prestador dos serviços de rede em nome e por conta da empresa fornecedora daqueles conteúdos⁷⁸.

6. Extinção

I. Os contratos de consumo encontram-se sujeitos aos fundamentos ou causas gerais da extinção dos contratos e da cessação dos vínculos jurídicos deles emergentes (revogação, resolução, denúncia, caducidade), apresentando, todavia, algumas particularidades a merecer destaque especial.

⁷⁷ São três os tipos ou modalidades relevantes das práticas comerciais com redução de preço: os *salDOS*, que são vendas a preço reduzido com o objetivo de promover o escoamento acelerado das existências; as *promoções*, que são vendas a preço reduzido ou em condições mais vantajosas, com vista a promover a venda de determinados produtos, o lançamento de novos produtos e o desenvolvimento da atividade comercial; e as *liquidações*, que são vendas com redução de preço que revestem um caráter excepcional, resultantes de motivos que determinem a interrupção da atividade do estabelecimento e visando o escoamento acelerado da totalidade ou de parte das suas existências (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março). Tenha-se em atenção o Decreto-Lei n.º 20-E/2020, de 12 de junho (regime excepcional e temporário das vendas em saldo). Cf., ainda, BRITO, P. Quelhas, *Promoção de Vendas e Comunicação de Preços*, Almedina, Coimbra, 2016.

⁷⁸ FALCÃO, Pedro, *Wap Billing: Problemas e Soluções*, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 383-414.

6.1. Direito de Desistência

I. O traço mais emblemático da extinção dos contratos de consumo – senão mesmo do regime geral destes contratos no seu todo, tendo-se tornado num verdadeiro “*ex libris* do direito do consumo” (C. Ferreira de ALMEIDA)⁷⁹ – reside no *direito de desistência*. Este direito – também conhecido entre nós por designações diversas (mormente, direito de arrependimento) e consagrado noutras ordens jurídicas estrangeiras (*Widerrufsrecht*, *withdrawal right*, *diritto di ripensamento*, *droit de repentir*, *derecho al desistimiento*) – consiste no direito potestativo do consumidor se desvincular de um contrato de consumo já celebrado, durante um determinado prazo e através de mera declaração unilateral e discricionária⁸⁰.

II. O direito de desistência, espécie de revivescência do *ius poenitendi*, constitui um traço típico do regime legal da moderna contratação mercantil em massa⁸¹. Com efeito, a massificação da oferta das empresas vendedoras de bens e serviços, assistida por sofisticadas e agressivas técnicas de comercialização, envolve frequentemente a ausência de uma verdadeira ou plena liberdade contratual por parte dos compradores/consumidores, seja pela pressão psicológica exercida sobre a decisão de contratar, seja pela vulnerabilidade excessiva aos métodos promocionais da venda, seja ainda

⁷⁹ ALMEIDA, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 106, Almedina, Coimbra, 2005.

⁸⁰ Sobre a figura, GOMIDE, A. Junqueira, *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014; MORAIS, F. Gravato, *O Direito de Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumo*, in: 307 “*Scientia Iuridica*” (2006), 457-491; PROENÇA, C. Brandão, *A Desvinculação Não Motivada nos Contratos de Consumo: Um Verdadeiro Direito de Resolução?*, in: 70 “*Revista da Ordem dos Advogados*” (2010), 219-272; REBELO, F. Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico de Protecção do Consumidor*, in: AAVV, “*Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*”, vol. II, 572-617, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. Para diferentes paragens, vide FUCHS, Andreas, *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht*, in: 196 “*Archiv für die civilistische Praxis*” (1996), 313-361; HOWELLS, Geraint, *The Right of Withdrawal in European Consumer Law*, in: Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner (Hrsg.), “*Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*”, 229-238, Bundesanzeiger, Köln, 2002; VICENTE, J. García, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

⁸¹ Segundo alguns autores, estaríamos aqui diante do “elemento central da estratégia de tutela do interlocutor do empresário em algumas categorias dos contratos de empresa” (BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 153, Giuffrè, Milano, 2000).

pela falta de informação suficiente sobre os produtos adquiridos. Justamente a fim de proteger o “elo fraco” nestes contratos contra o risco de precipitação na hora de contratar e de lhe permitir amadurecer ideias durante um período de reflexão (*colling-off period, delais de réflexion*), mas também, por tabela, de assegurar a própria lealdade e liberdade da concorrência em mercado, são hoje numerosas as disposições legais que consagram tal direito de desistência, embora sob terminologia e até alcance diversos: pense-se, por exemplo, no “direito de resolução” nos contratos de aquisição de direitos reais de habitação periódica (art. 16.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto)⁸², no “direito de livre resolução” nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (art. 10.º da LCCD, art. 9.º, n.º 7 da LDC)⁸³, no “direito à livre resolução” nos contratos financeiros comercializados à distância (arts. 19.º e segs. do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio)⁸⁴, no “direito de livre revogação” nos contratos de crédito ao consumo (art. 17.º da LCC)⁸⁵ ou no “direito à retratação” nos contratos de viagem organizada (art. 26.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março).

III. Como é evidente, a crescente consagração legal deste direito, permitindo a uma das partes contratantes retratar-se ou desistir do contrato, *desfere uma forte machadada no clássico princípio “pacta sunt servanda”*: aliás, a vocação expansiva de tais exceções é de tal modo marcante que não falta mesmo quem tenha considerado que o direito de desistência “se converteu num traço característico do atual direito dos contratos”⁸⁶. Não é este o momento – dependente que está também da consideração dos concretos regimes legais que o consagram – para analisar em profundidade este novel direito que veio colocar em cheque, para um setor cada vez mais relevante

⁸² GOMES, J. Costa, *Sobre o Direito de Arrependimento do Adquirente do Direito Real de Habitação Periódica (Time Sharing) e a sua Articulação com Outros Direitos Similares noutros Contratos de Consumo*, in: 3 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1995), 70-86.

⁸³ LOPES, A. Oliveira, *O Exercício do Direito de Arrependimento do Consumidor nos Contratos à Distância*, Diss., Universidade do Porto, 2015.

⁸⁴ RODRIGUES, S. Nascimento, *O Direito de Resolução do Investidor na Contratação dos Serviços Financeiros à Distância*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. VII, 233-273, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

⁸⁵ MORAIS, F. Gravato, *O Direito de Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumo: Confronto entre os Regimes Jurídicos Português e Alemão*, in: 307 “Scientia Iuridica” (2006), 457-491.

⁸⁶ MORENO, M. Álvarez, *El Desistimiento Unilateral en los Contratos con Condiciones Generales*, 24, Edersa, Madrid, 2000.

da contratação mercantil hodierna, uma das “vacas sagradas” da doutrina contratualista tradicional – deixando-se aqui apenas algumas notas relativas à sua natureza e às suas características fundamentais⁸⁷.

IV. Relativamente à sua *natureza jurídica*, é mister assinalar que se trata de questão extremamente controversa na doutrina e jurisprudência portuguesas, onde se perfila uma panóplia variada de entendimentos que contribuem para exacerbar, antes que mitigar, a flutuação terminológica da própria lei vigente (resolução, revogação, retratação, rescisão): a verdade, porém, é que não se afigura possível falar aqui, com inteira propriedade, de um caso de “resolução” (pois não se destina a reagir contra qualquer incumprimento contratual, nem tem o seu exercício de ser motivado), de “retratação” (a qual, em regra, visa evitar a celebração de um contrato, obstando à produção dos efeitos de declaração negocial anterior), de “revogação” (a qual, em regra, não possui uma eficácia *ex tunc* nem está sujeita a prazos de caducidade) ou de “rescisão” (a qual pressupõe, em regra, uma justa causa ou motivo, geralmente um facto imputável à contraparte)⁸⁸. Seguro parece apenas afirmar que o direito de desistência contratual constitui um evento extintivo original e *sui generis*, refratário às figuras extintivas clássicas, que confere aos negócios de consumo abrangidos a natureza de contratos sob condição potestativa, de natureza resolutive (em que o exercício do direito extingue os efeitos do contrato) ou suspensiva (ficando tais efeitos dependentes do não exercício desse direito)⁸⁹.

⁸⁷ HOWELLS, Geraint, *The Right of Withdrawal in European Consumer Law*, 232, in: Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner (Hrsg.), “Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht”, 229-238, Bundesanzeiger, Köln, 2002.

⁸⁸ Qualificando tal direito como um caso de revogação ou de retratação, *vide* PROENÇA, C. Brandão, *A Desvinculação Não Motivada nos Contratos de Consumo: Um Verdadeiro Direito de Resolução?*, 253 e ss., in: 70 “Revista da Ordem dos Advogados” (2010), 219-272; como um direito de resolução, REBELO, F. Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico de Protecção do Consumidor*, in: AAVV, “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais”, vol. II, 572-617, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

⁸⁹ Com efeito, o regime legal concreto pode conferir a tal direito uma eficácia suspensiva (o contrato celebrado é originariamente ineficaz, vendo os seus efeitos suspensos até ao termo do período de reflexão sem exercício do direito de desistência) ou uma eficácia resolutive (o contrato é eficaz, vendo, todavia, os seus efeitos cessar caso, durante tal período, o direito for exercido). Sobre o ponto, *vide* entre nós ALMEIDA, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 110 e ss., Almedina, Coimbra, 2005; noutros quadrantes, distinguindo entre os modelos de eficácia suspensiva (*Unwirksamkeitsmodell*) e de eficácia extintiva (*Wirksamkeitsmodell*), *vide* REINER,

V. Já no que concerne às suas *caraterísticas* fundamentais, como deflui da noção geral atrás apresentada, são cinco os elementos identitários ou notas distintivas do direito de desistência contratual. Encontramo-nos perante um direito *ex lege* (embora nada impeça que as partes, em regra, o possam convencionar noutros contratos de consumo onde não exista previsão legal expressa, inexistindo assim um direito “geral” de desistência independente de consagração contratual ou legal), imperativo (que não pode ser objeto de renúncia antecipada pelo respetivo titular, embora seja passível de alterações convencionais *in meius*), temporário (que deve ser exercido pelo titular dentro do prazo fixado na lei ou contrato)⁹⁰, potestativo (cujo exercício depende apenas de simples manifestação de vontade unilateral do seu titular para produzir os respetivos efeitos na esfera jurídica da contraparte) e discricionário (não carecendo da invocação ou sequer existência de qualquer motivo para o seu exercício, além de dispensar qualquer contrapartida).

6.2. Insolvência dos Contraentes

I. Não obstante o protagonismo deste evento extintivo, existem ainda outros domínios onde existem particularidades do regime da cessação dos contratos de consumo. Um desses domínios é o dos contratos de consumo em situações de crise económico-financeira (situação económica difícil, insolvência iminente, insolvência atual) das partes contratantes, seja do consumidor, seja do empresário.

II. Com efeito, o *sobreendividamento* dos consumidores constitui um fenómeno socioeconómico típico das modernas sociedades de consumo. Ora, o legislador previu diferentes regimes jurídicos destinados a fazer face

Günter, *Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, 3 e ss., in: 203 “Archiv für die zivilistische Praxis” (2003), 1-45.

⁹⁰ Na esmagadora maioria dos casos, o direito de desistência atribui ao titular um período de reflexão *posterior* à celebração do contrato, durante o qual lhe é permitido revogar um consentimento já dado – e só muito raramente configurando um período de reflexão adicional *anterior* à conclusão do contrato, que permite retardar ou adiar a prestação do próprio consentimento. Na linha da previsão comunitária (art. 16.º da 2011/83/UE, de 25 de outubro), a maior parte dos países europeus adotou o prazo legal é de 14 dias de calendário, incluindo Portugal (art. 9.º, n.º 7 da LDC).

a tal fenómeno, de grau crescente de intrusão – por exemplo, o “plano de ação para o risco de incumprimento” (PARI), o “procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento” (PERSI), o “*processo especial para acordo de pagamento*” (PEAP) ou mesmo, no limite, a exoneração do passivo restante do consumidor insolvente (art. 235.º e segs. do CIRE) –, os quais produzirão importantes reflexos no destino dos contratos por aqueles celebrados, também eles de diferenciada natureza (extrajudicial e judicial) e invasividade – v.g., consolidação de créditos, planos escalonados de pagamento, dilação de prazos de cumprimento, redução de juros, perdão parcial ou total das dívidas⁹¹.

III. Mas também a crise dos empresários ou profissionais pode possuir igualmente importantes incidências sobre os respetivos contratos de consumo em curso. Um exemplo pode ser encontrado no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ n.º 4/2014, o qual veio erigir a qualidade de consumidor do promitente-comprador em elemento constitutivo essencial do direito de retenção do art. 755.º, n.º 1, f) do CCivil nos casos de insolvência do promitente-vendedor nos contratos-promessa de compra e venda imobiliária⁹²: ora, é mister salientar que a nossa Jurisprudência superior deu testemunho de uma indesejável indefinição no conceito de consumidor, relevante para estes efeitos, oscilando entre uma aceção restrita, em linha com a noção acolhida na LDC (pessoa singular que adquire o bem imóvel para uso pessoal ou não profissional, *maxime*, para

⁹¹ Sobre o sobre-endividamento dos consumidores, vide AAVV, *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000. Sobre os mecanismos de reação, vide FRADE, Catarina, *Sobreendividamento e Soluções Extrajudiciais: A Mediação de Dívidas*, in: “I Congresso de Direito da Insolvência”, 9-28, Almedina, Coimbra, 2013; MUNIZ, F. Sequeira, *O Sobreendividamento por Créditos ao Consumo e os Pressupostos de Indeferimento Liminar da Exoneração do Passivo Restante no Processo de Insolvência*, in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 337-387. Para mais desenvolvimentos, KRUG, Peter, *Der Verbraucherkonkurs*, C. Heymanns, Köln, 1998; PARSONS, Steven, *Consumer Bankruptcy Law in Focus*, Wolters Kluwer, Aspen, 2016; SINIQUEL, Roberto, *Consumidor Superendividado – Tratamento Jurídico na Sociedade de Consumo*, Juruá Editora, Curitiba, 2018.

⁹² AUJ do STJ n.º 4/2014, de 20 de março (Távora Victor), in: DR, I.ª série, n.º 95, de 19 de janeiro. Sobre tal acórdão uniformizador, vide OLIVEIRA, N. Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os Contratos em Curso: Em Especial, sobre o Contrato-Promessa*, in: 2 AB (2014), 11-51; VASCONCELOS, L. Pestana, *Direito de Retenção, Contrato Promessa e Insolvência*, in: 33 CDP (2011), 3-29.

habitação)⁹³ e uma aceção ampla (que abrange ainda os próprios usos profissionais do bem, com exclusão apenas da revenda imobiliária, v.g., arrendamento, instalação de estabelecimento comercial, etc.)⁹⁴. Por essa razão, foi proferido o novo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ n.º 4/2019, que qualifica como consumidor (apenas para efeitos do citado AUJ n.º 4/2014) “o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de «traditio», a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa”. Infelizmente, este aresto não fecha a questão em torno do conceito de consumidor que esteve na sua génese – deixando em aberto, entre outros problemas, quanto ao destino do bem, a qualificação como consumidor do promitente-comprador que adquire um imóvel para utilização de terceiros e, quanto à natureza jurídica do promitente-comprador, as associações (sem fins lucrativos) de índole cultural, social ou outras, instituições particulares de solidariedade social, fundações, etc.

Abreviaturas

BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CCivil	Código Civil
CCom	Código Comercial
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CJ/STJ	Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do STJ
LCC	Lei do Crédito ao Consumo
LCS	Lei do Contrato de Seguro
LCCD	Lei dos Contratos Celebrados à Distância
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LCE	Lei do Comércio Eletrónico
LDC	Lei de Defesa do Consumidor

⁹³ Neste sentido, entre outros, *vide* os Acórdãos do STJ de 14-X-2014 (João Camilo), de 25-XI-2014 (Fernando do Vale), de 17-XI-2015 (Fonseca Ramos) e de 24-V-2016 (Nuno Cameira), todos in: www.dgsi.pt.

⁹⁴ Neste sentido, entre outros, os Acórdãos do STJ de 29-V-2014 (João Bernardo) e de 3-X-2017 (Júlio Gomes), ambos in: www.dgsi.pt. Sobre tal questão, acertadamente, *vide* EPIFÂNIO, M. Rosário, *Anotação ao Acórdão do STJ de 3 de outubro de 2017*, in: 2 RDI (2018), 123-146.

LPCD	Lei das Práticas Comerciais Desleais
LSPE	Lei dos Serviços Públicos Essenciais
LVBC	Lei das Vendas de Bens de Consumo
RC	Relação de Coimbra
RG	Relação de Guimarães
RL	Relação de Lisboa
RP	Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais

ALYNE GRAZIELI CALISTRO

Resumo: O presente artigo faz um estudo sobre a importância da figura do influenciador digital como personagem principal de divulgação de marcas através de seus perfis nas redes sociais e como essa exploração tem sido feita de maneira muitas vezes nociva, posto que ausente de informação e sinalização. É explicado como os influenciadores digitais constroem o relacionamento com seus seguidores, o poder de influência e engajamento sobre estes e como as empresas tiram proveito dessa relação de confiabilidade. Posteriormente, traz-se o conceito de publicidade, as formas de publicidade em redes sociais e as regras de conduta criadas por alguns países para assegurar o direito à informação aos consumidores, bem como a regulamentação da publicidade com enfoque no Brasil e em Portugal. Por fim, é exposta a possibilidade da responsabilidade civil dos influenciadores digitais devido a sua participação na cadeia de consumo.

Palavras-chave: Influenciadores digitais; Redes Sociais; Direito do Consumo; Publicidade no Meio Digital; Responsabilidade Civil.

1. Introdução

A sociedade hiperconectada e a globalização, além de terem transformado o meio como nos comunicamos, também trouxeram mudanças no modo como consumimos e, conseqüentemente, como as empresas comercializam e divulgam seus produtos e serviços.

Hoje, com a intensa troca de informações, a divulgação de uma marca deve ser feita de maneira veloz, acessível e dinâmica para que atinja o consumidor rapidamente e de maneira eficaz. Ainda, com a globalização e a possibilidade das compras *online* as empresas podem desenvolver seu comércio não mais somente em âmbito local e regional, mas global.

A disponibilização do comércio *online* 24 horas por dia, sete dias por semana, com acesso mundial alimenta a sociedade do hiperconsumo¹, urgente por novos produtos, marcas e serviços. Tal fato exige que a produção, disponibilização e divulgação sejam feitos na mesma velocidade para que possa se consumir mais e mais, sem muito se refletir sobre a real necessidade de determinado produto ou serviço. O importante é ter e consumir. Não porque se precisa, mas porque há poder para tanto.

Para que esse mercado se desenvolva, o *marketing* e a publicidade digital são ferramentas essenciais para a divulgação da marca, que tem feito isso não apenas através da contratação de personagens famosos da grande *media* televisiva, do cinema ou do esporte para divulgarem seus produtos e serviços, mas principalmente através dos influenciadores digitais.

A utilização do influenciador digital tem se mostrado mais vantajosa para as empresas que necessitam de divulgação de produtos e serviços de maneira mais rápida, assertiva e engajadora. Porquanto, o influenciador digital através das *medias* sociais divulga produtos e serviços para um público específico, que confia em suas dicas e gostos. E, de forma mais dinâmica e verossímil, posto que o influenciador digital assume a figura de um comum do povo, transformando o mero seguidor em verdadeiro consumidor.

Isso ocorre porque a relação estabelecida entre o influenciador digital e seu seguidor é muito mais estreita do que uma relação entre o fã e o artista, pois o influenciador digital vende sua rotina, expõe suas alegrias e medos, pede opiniões e demonstra se importar com seus seguidores, o

¹ A sociedade do objeto apresenta-se como civilização do desejo, prestando um culto ao bem-estar material e aos prazeres imediatos. Por toda a parte, exibem-se as alegrias do consumo, por toda a parte ressoam os hinos aos lazeres e às férias, tudo se vende com promessas de felicidade individual. Viver melhor, aproveitar a vida, gozar do conforto e das novidades mercantis aparecem como direitos do indivíduo, fins em si, preocupações cotidianas de massa. Espalha-se toda uma cultura que convida a apreciar os prazeres do instante, a gozar da felicidade aqui e agora, a viver para si mesmo; ela não prescreve mais a renúncia, faz cintilar em letras de néon o novo Evangelho: “Comprem, gozem, essa é a verdade sem tirar nem pôr. Essa é a sociedade de consumo, cuja alardeada ambição é liberar o princípio do gozo, desprender o homem de todo um passado de carência, de inibição e de asceticismo. Não mais injunções disciplinares e rigoristas, mas a tentação dos desejos materiais, a celebração dos lazeres e do consumo, o sortilégio perpétuo das felicidades privadas” LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Companhia das Letras, São Paulo, 2007. Tradução de: Maria Lucia Machado, p. 102.

que denota uma relação de amizade, confiabilidade e fidelidade entre as partes.

E é nesse contexto da confiabilidade e fidelidade que problemas relacionados ao consumo, o direito e a sociedade são gerados. Sabe-se que os influenciadores digitais são muitas vezes pagos para realizarem a publicidade de determinado produto e serviço. Contudo, nem sempre tal publicidade é notória, muitas vezes a divulgação é ambígua, deixando o seguidor/consumidor sem saber se tal divulgação é verdadeira publicidade ou uma dica amiga.

Dessa forma, há de se refletir sobre qual é sua responsabilidade dentro da cadeia de consumo. Pergunta-se: o seguidor/consumidor deve ser informado que determinado vídeo ou foto publicada trata-se de uma propaganda? O seguidor/consumidor sabe quando está diante de um material (vídeo ou foto) totalmente publicitário ou não? É necessário que, de fato, o influenciador utilize do produto/serviço que divulga? Poderia ele ser responsável por eventual dano do referido produto/serviço? Cabe às empresas que os contratam algum dever de conduta ao contratarem um influenciador digital?

Destarte, traz-se aqui um olhar sobre a responsabilidade civil do influenciador digital dentro do direito do consumo.

2. O influenciador digital

O termo influenciador digital, deriva do inglês *digital influencer*, trata-se do profissional que desenvolve suas atividades por meio da web utilizando-se de plataformas de comunicação como: *Facebook*, *Instagram*, *YouTube*, *SnapChat*, e *TikTok*.

Cada uma dessas plataformas possibilita uma abordagem e alcance de público diferentes. A rede social escolhida dependerá da intenção e nicho de mercado que o influenciador quer alcançar e se desenvolver, visto que, por exemplo, no *YouTube*, os influenciadores podem produzir vídeos longos e, no *Instagram*, a utilização de fotos e vídeos de 15 segundos (*stories*) é mais recorrente, o que possibilita o alcance de público de faixa etária e interesses totalmente diversos.

Cumpra explicar que o influenciador digital é uma pessoa comum, em sua maioria das vezes sem fama, um mero desconhecido dos grandes meios

de comunicação (rádio, TV e *websites*)². Conforme sua divulgação nas *medias* sociais ocorre, seus seguidores e engajamento crescem.

Como o influenciador digital é livre para criar seu próprio conteúdo, cabe a si próprio analisar e estudar que nicho de seguidores está angariando e, dessa forma, gerar conteúdo que agrade a esse público. Seu trabalho se desenvolve com enfoque em seu dia a dia. Assim, a divulgação de sua rotina pode ser focada em suas compras, bem-estar, viagens, culinária, comportamento e até mesmo o cotidiano de sua família ou de todos esses elementos juntos; ou seja, o material de venda é ele próprio, faz-se a mercantilização de si mesmo.

O retrato dessa rotina, teoricamente real, com aspetos felizes e tristes, traz dinâmica para o conteúdo e familiaridade para o espectador, que se projeta na imagem do influenciador digital, através das experiências, serviços e produtos utilizados. Posto que o modelo de propaganda em questão é uma pessoa comum do povo, o que leva o seguidor/consumidor a crer que ele também pode consumir aquela marca ou serviço.

Além disso, o discurso do influenciador digital é extremamente intimista e próximo ao espectador *online*. Eles compartilham seus problemas e novidades pelas telas do celular/telemóvel, “conversam” e pedem opiniões e dicas para seus seguidores, para dessa forma demonstrarem conexão e verdadeira empatia com o próximo, mas ao mesmo tempo coletam informações preciosas para seus próximos anúncios.

Aliás, é com os anúncios que seus ganhos são auferidos, é através da indicação de serviços e produtos que o retorno financeiro é obtido. O objetivo é fazer com que seus seguidores, tomados pelo sentimento de confiança e amizade, consumam os produtos e serviços indicados.

Ademais, essa publicidade é absorvida de forma mais orgânica do que uma propaganda em um *post* no perfil da própria marca, pois o influenciador digital, ao divulgar um conteúdo, o faz como um consumidor; colocando-se

² “... alguns influenciadores acabam se tornando celebridades, mas isso ocorre de modo externo à sua função original, ou seja, ganham fama por seu número de seguidores e indubitável influência e passam a seguir outras áreas, como atuar em programas de televisão, por exemplo; nesses casos, cabe dizer, o indivíduo deverá ter seu papel como *digital influencer* e como celebridade analisados de forma distinta, vê que o público atingido não será necessariamente o mesmo” BARBOSA, Caio César do Nascimento; BRITO, Priscila Ladeira Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. Vol.2, nº 2, Revista IBERC, Minas Gerais, 2019, p. 01-21, p.10.

em pé de igualdade³ com a outra pessoa da tela, transmite-se a ideia de compartilhamento, de troca de experiências.

Há de se observar, ainda, outro fator importante, que o engajamento de um influenciador digital não é avaliado apenas pelo número de seguidores ou curtidas que sua foto no *Instagram* tem, por exemplo, mas o retorno que a divulgação de uma marca pode ter ao utilizar sua imagem.

Tome-se como exemplo a rede social *Instagram*. Quando se tem uma conta comercial, dados e estatísticas de seguidores, impressões e visualizações são gerados para o perfil, para que assim seja possível entender como o conteúdo está sendo recebido. A plataforma digital coleta informações sobre gênero, idade e localização (nacional e internacional)⁴ de todos que interagem de alguma forma com o perfil.

Portanto, todo um trabalho de *marketing* e pesquisa de mercado já é realizado pela própria rede social, possibilitando a marca escolher o influenciador digital que apresente o perfil mais adequado para seu produto ou serviço e também permite ao influenciador digital apresentar seus números às empresas que pode trazer melhores resultados. Contrata-se a reputação do influenciador digital, sua imagem e posicionamento construídos na *web*, que favorecerão a expansão de determinada empresa⁵.

³ “Os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns” com quem dialogam em igualdade. É por esse motivo, também, que revistas e sites de veículos tradicionais de mídia não têm a mesma reputação que os influenciadores digitais. A proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e da pessoalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos” KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth Corrêa; SILVEIRA, Stefanie Carlan (organizadores) *Tendências em comunicação digital*. ECA/USP, São Paulo, 2016, p. 46-47.

⁴ Há de se explicar as três principais ferramentas presentes no relatório de desempenho de um perfil comercial, quais são: impressões, alcance e visualizações. As impressões referem-se ao número total de vezes que determinado perfil ou publicação (seja no *feed*, *stories* ou IGTV) foi exibida aos usuários dentro de um dado período de tempo. Já o alcance soma o número de usuários alcançados independente se essa pessoa acessou o *post* mais de uma vez e, por último, as visualizações que apresentam quantas vezes os conteúdos de vídeos para *stories* foram vistos. Disponível em: <https://www.mlabs.com.br/blog/impressoes-no-instagram/>, acessado em 21 de julho de 2020.

⁵ KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão, p. 60. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-1-Communicare-17-Edi%C3%A7%C3%A3o-Especial.pdf>, acessado em 19 de julho de 2020.

Para fim de demonstrar a importância desse personagem para divulgação e crescimento de uma marca, apresenta-se alguns valores pagos por post no *Instagram* de influenciadores digitais que nasceram na *web* sem a ajuda de outras atividades como esporte, atuação e TV. No seguimento *beauty* (beleza), em primeiro lugar está Huda Kattan, *make-up artist* e *beauty blogger*, sendo que cada post seu tem o valor de \$91.800; em terceiro lugar no seguimento *fashion* (moda) encontra-se Chiara Ferragni, *fashion designer* italiana, sendo que cada post seu tem o valor de \$ 59.700⁶.

Ainda, estudo⁷ realizado sobre o poder de influência dos canais do *YouTube* demonstrou que 4 a cada 10 *millennials* afirmam que seus *Youtubers* preferidos o compreendem melhor que seus amigos e 70% dos adolescentes confiam mais em criadores do *YouTube* do que em celebridades tradicionais. E não é só: 7 em cada 10 usuários afirmam que os criadores de conteúdo moldam e mudam a cultura e 6 entre 10 utilizadores seguiriam um conselho de compra de seu criador de conteúdo preferido do que dicas de personalidades da TV ou cinema.

Destarte, claro está a importante relação em cadeia entre uma empresa o divulgador da marca (influenciador digital) e o seguidor, prospero consumidor. Por isso, faz-se necessário que toda e qualquer publicação feita pelo influenciador digital seja realizada de forma sinalizada e clara; informações ambíguas e obscuras, que levem o seguidor a erro, não podem prosperar.

Há de se lembrar, como dito acima, que a relação entre o público e o influenciador digital é muito mais estreita. Uma relação de amizade e confiança, ainda que apenas digital, é construída e essas pessoas (seguidores/consumidores) devem ser respeitadas. Posto que, devido a essa relação íntima, o público muitas vezes se nega a enxergar a verdadeira função do influenciador digital, que é de formar opinião, podendo não saber distinguir uma publicação com objetivos monetários e outra não.

⁶ Instagram Rich List 2020. Disponível em: <https://www.hopperhq.com/blog/instagram-rich-list/>, acessado em 20 de julho de 2020.

⁷ O'NEIL-HART, Celie; BLUMENSTEIN, Howard. Why Youtube Stars Are More Influential Than Traditional Celebrities. 2016. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/youtube-stars-influence/>, acessado em 21 de julho de 2020.

3. Conceito de publicidade

Antes de discorrer sobre as formas de publicidade realizada em redes sociais, cabe trazer o conceito de publicidade para DIAS⁸: “a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se, do *duto par excellence* através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos”. Ainda complementa: “dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas criar o interesse de aquisição no consumidor”.

Interpreta-se que a publicidade consiste na propagação da informação sobre determinado produto ou serviço, sendo esta divulgação realizada de forma direcionada com o intuito de criar necessidade de consumo, isto é, o objetivo é totalmente econômico. Também se traz o entendimento de FABIANO DEL MASSO⁹, que acrescenta a esse conceito que a publicidade empresarial não divulga informações falsas nem se utiliza de recursos abusivos.

Ainda, MIRAGEM¹⁰ complementa que o intuito da publicidade é estimular e influenciar a compra de determinado produto ou serviço pelo público em foco. Por fim, cumpre esclarecer que publicidade não é o mesmo que

⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 16 e 18. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/publico/Tese_Doutorado_Lucia_A_L_M_Dias_04_02_2010.pdf, acessado em 02/10/2020.

⁹ A publicidade empresarial pode ser conceituada como toda mensagem transparente e identificável como tal, enviada por um fornecedor de serviços ou mercadorias a consumidores em potencial, a qual tem por objetivo informá-los sobre o bem que se comercializa ou simplesmente estimular a aquisição desse bem, desde que não divulgue informações falsas nem utilize recursos abusivos para tal intento. DEL MASSO, Fabiano. Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 90.

¹⁰ “A publicidade sendo a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo” MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6.^a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 265.

propaganda. A propaganda¹¹ tem também como objetivo influenciar e persuadir outros, mas não há intuito econômico, posto ser o objetivo a difusão e propagação de ideias, como as de cunho político, religioso ou cívico.

4. Formas de publicidade em redes sociais

Em especial análise da publicidade realizada pelos influenciadores digitais, nota-se a preponderância da utilização de algumas formas de anúncio, quais são: *publipost*, *review*, oferta/recebidos, *unboxing* e *friendly advice*.

O *publipost* consiste em anúncio veiculado através de publicação no perfil da página do criador de conteúdo, seja através de uma foto ou vídeo no *Instagram* ou *Facebook*, ou através de curtos vídeos dessas plataformas (vídeos de até 15 segundos que permanecem no perfil da rede social escolhida por até 24 horas), que de forma direta enunciam a publicidade de algum serviço ou produto.

Já *review*¹² é um meio de realizar publicidade, onde o influenciador digital recebe determinado produto e realiza testes de uso e posteriormente emite suas impressões sobre aquele, se gostou ou não. A utilização de *reviews* pode gerar alguma dúvida quanto à veracidade da manifestação das impressões, pois o *digital influencer* é remunerado para realizar tal campanha, e conseqüentemente pode ser recompensado para emitir apenas impressões positivas.

Ainda, outra forma de realizar *review* é através da comparação de produtos de marcas diferentes, por exemplo. Tais vídeos têm utilização especial no mercado de *beauty*/maquiagem, onde as *Youtubers* produzem vídeos em que

¹¹ “A propaganda, de outro lado, também é técnica de persuasão, porém, sem qualquer intuito econômico, *a priori*. A influência que visa exercer sobre o homem é no sentido de adesão a alguma ideia política, religiosa ou cívica, retomando, portanto, a ideia original de propagar, difundir, alastrar, disseminar” DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 17. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/publico/Tese_Doutorado_Lucia_A_L_M_Dias_04_02_2010.pdf, acessado em 02/10/2020.

¹² “A piece of writing in a newspaper that gives an opinion about a new book, movie, etc”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/review>, acessado em 02/11/2020.

transmitem sua experiência com o produto de modo comparativo, elegendo ao fim do vídeo qual marca referente a determinado produto é a melhor.

Nesta hipótese, a veracidade da informação também pode ser questionada, tanto no aspeto positivo da emissão da opinião quanto no negativo, visto que há possibilidade desses atores serem contratados para emitirem determinadas avaliações sobre dado produto.

Já a oferta, ou também popularmente conhecida como “recebidos”, refere-se a mercadorias que o influenciador digital recebe em casa, sem contraprestação, e ao agradecer o envio de determinado produto, consequentemente, acaba por realizar publicidade da marca, que também pode caracterizar-se como *unboxing*¹³.

Por último, o *friendly advice*, que é a opinião genuína do influenciador digital sem qualquer intuito pré-comercial relativo a qualquer marca. Aqui, o influenciador digital pode exibir a seu público suas verdadeiras compras ou mesmo uma simples receita de bolo, sendo uma das ações mais difíceis de analisar se configura publicidade ou não.

Todos os exemplos de realização de anúncio acima descritos não deixam de ser formas de publicidade, sejam aquelas em que o *digital influencer* não tem qualquer influência na sua criação, usando a marca apenas de sua imagem e espaço nas redes sociais, seja quando o influenciador digital é verdadeiro criador de conteúdo.

Nessa última hipótese, em conjunto com a marca, o influenciador digital desenvolve e cria a abordagem a ser utilizada em determinada divulgação, seja através de uma foto com um pequeno texto descritivo sobre o produto ou experiência, seja através de um vídeo onde demonstra a utilização do produto/serviço e posterior resultado.

Nota-se que uma das características e objetivos dessa publicidade online é o caráter da veracidade do cotidiano, a organicidade do conteúdo, o que pode levar o consumidor à confusão, não sabendo reconhecer e diferenciar quando está diante de conteúdo publicitário. Por tais motivos, alguns países, como Portugal, desenvolveram um guia de publicidade na internet, com fito a tornar tal atividade mais transparente e informativa.

¹³ “An act or instance of removing a newly purchased product from its packaging and examining its features, typically when filmed and shared on a social media site”. Disponível em: <https://www.lexico.com/definition/unboxing>, acessado em 02/11/2020.

A Direção-Geral do Consumidor, organismo do Ministério da Economia em Portugal, lançou, em 2020, um guia para influenciadores e anunciantes, em que traz informações sobre regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital.

Nesse guia, traz-se algumas regras de boas práticas de publicidade na *web*, como o dever de incluir no início da publicação a relação comercial existente, utilizando-se a #PUB ou PUB, a depender da rede social em questão. E quando tratar-se de outro tipo de divulgação como oferta¹⁴, parceria e patrocínio, também utilizar a # (*hashtag*).

Frisa tal guia a importância da identificação logo no início da publicação, sendo má prática a identificação apenas no meio ou no fim da publicação, visto que não permite a identificação da comunicação comercial.

Outro país que também criou seu próprio Código de Conduta *On-line* foi a Itália. Em 2016, o Instituto Italiano de Autorregulamentação Publicitária lançou um “*Digital Chary*”¹⁵, um código de conduta para blogueiros, *vloggers*, celebridades e influenciadores sobre como apresentar publicidade *online*. Assim, como o Código de conduta português, quando a mensagem contém conteúdo comercial, o proprietário do perfil deve distinguir tal mensagem.

No mesmo sentido, a Autoridade *Antitruste* Italiana enviou cartas de persuasão moral a influenciadores e marcas, pedindo transparência. Tais cartas pediam a identificação dos conteúdos promocionais de suas publicações

¹⁴ O guia traz as definições de patrocínio, parceria e oferta. Cumpre trazer: patrocínio, refere-se a atribuição de qualquer apoio, seja através de contributos financeiros, humanos ou materiais, ou da disponibilização de quaisquer bens, serviços ou recursos num evento ou atividade, como contrapartida de uma associação direta ou indireta a esse evento ou atividade, com vista à promoção do nome, da imagem ou das atividades, bens ou serviços do patrocinados, o patrocínio é uma forma especial de publicidade e está sujeito aos mesmos princípios e regras gerais. Parceria é a relação de colaboração com vista à obtenção de uma boa imagem da marca ou instituição, sem condições exigidas. Oferta é a disponibilização gratuita de bens ou serviços por parte das marcas, ainda que por tempo determinado, sem condições. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx>, acessado em 21 de julho de 2020.

¹⁵ Social Network e Content Sharing. Disponível em: <https://www.iap.it/social-network-e-content-sharing/>, acessado em 03 de agosto de 2020.

através da utilização de # (*hashtags*) de #publicidade, ou qualquer outro tipo de patrocínio¹⁶.

Também o Reino Unido¹⁷ (em conjunto com a *Advertising Standards Authority*- (ASA), o órgão regulador independente de publicidade do Reino Unido em todas as *medias*, o *Committee of Advertising Practice* (CAP), a *The Competition and Markets Authority* (CMA) e a Holanda¹⁸ (*Dutch Advertising Code Authority* – organização autorreguladora da publicidade), criaram Códigos de Autorregulamentação da Publicidade, o primeiro direcionado para criadores de conteúdo *on-line*, a fim de orientá-los para a realização de *marketing* digital de forma transparente e o segundo um guia adicional sobre a publicidade em redes sociais.

O objetivo de ambos é permitir o reconhecimento da mensagem publicitária como tal, seja na forma de patrocínio ou parcerias. Qualquer conteúdo que o influenciador digital esteja auferindo ganhos econômicos, direta ou indiretamente, deve ser identificado. Dessa forma, a probabilidade de confusão ou engano aos seguidores quando do consumo de seu conteúdo pode ser minimizada.

Ainda no plano internacional, o ICPEN – INTERNATIONAL CONSUMER PROTECTION AND ENFORCEMENT NETWORK¹⁹, em 2016, publicou um guia para influenciadores digitais, estabelecendo 3 princípios norteadores: estabelecer de forma clara e em destaque se o conteúdo é pago; demonstrar outras relações comerciais que possam ser relevantes para o conteúdo e fornecer opiniões genuínas acerca de mercados, empresas, bens e serviços, ou seja; proibiu as “*reviews*” com falsos testemunhos.

¹⁶ CLAUSEN, Laura; RIEFA, Christine. Towards fairness in digital influencers marketing practices. Article forthcoming in 8 (2019), *EuCML Journal of European Consumer and Market Law*, 12 April 2019, p.11.

¹⁷ Influencers’ guide to making clear that ads are ads. Disponível em: <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf>, acessado em 02 de agosto de 2020.

¹⁸ THE DUTCH ADVERTISING CODE. Disponível em: https://www.reclamecode.nl/wp-content/uploads/2018/10/SRCNRCENboekje_oktober2017.pdf, acessado em 02 de agosto de 2020.

¹⁹ INTERNATIONAL CONSUMER PROTECTION AND ENFORCEMENT NETWORK. Disponível em: <https://icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-OREGuidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf>, p. 4, acessado em 02 de agosto de 2020.

Os códigos de conduta servem como referência e modelo de comportamento não só para os influenciadores digitais, mas também para as empresas que os contratam. Contudo, apesar da boa intenção e da grande publicidade que se dá com esses códigos, eles não têm força legal e ainda acabam por não atingir influenciadores digitais com menos seguidores e que trabalham com pequenas empresas²⁰.

5. Da regulamentação da publicidade no meio digital

A publicidade no meio digital possibilita maior difusão de informações acerca de produtos e serviços não antes acessíveis no mundo *off-line*, uma vez que a *web* permite o comércio de mercadorias e serviços entre indivíduos e empresas localizados em diferentes partes do mundo.

Por um lado, essa difusão comercial é importante, pois torna possível ao consumidor ter acesso a mais opções de compra, não só no que toca a oferta de melhores preços, mas também à qualidade. O poder de escolha é inegavelmente maior e melhor. Contudo, devido também a esse excesso de informação e disponibilidade de consumo, nem sempre verdadeiros, podem levar o consumidor a aquisições impensadas e excessivas.

Uma das formas utilizadas pela publicidade para gerar o anseio pelo consumo é a exploração de sentimentos e emoções, como modo de criar a necessidade de obtenção de determinado produto ou serviço. A valorização do ter, do alcance e pertencimento a determinado *status* e inclusão a determinado grupo²¹ são explorados pelas marcas para venderem mais.

²⁰ “While it is feasible to imagine an enforcement action being undertaken, resources devoted to this activity are likely to be reduced or only focus on the worst violations, leaving many practices, perhaps perpetrated by smaller influencers, untouched. (...) Second, the use of codes of conduct has a limited reach. It does not replace the law and in many instances, no real sanctions can be applied other than asking for a particular post to be removed or clarifications being offered” CLAUSEN, Laura; RIEFA, Christine. Towards fairness in digital influencers marketing practices. Article forthcoming in 8 (2019) EuCML Journal of European Consumer and Market Law, 12 April 2019, p. 14-15.

²¹ AMORIM, Ana Clara Azevedo. Estudos de Direito do Consumidor, Conceito Jurídico de Publicidade: Contributos para uma redefinição. Coimbra, 2018, p. 39. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/2839/1/Conceito%20jur%C3%ADdico%20de%20publicidade.pdf>, acessado em 20 de julho de 2020.

Em virtude dessa intensa exploração publicitária, inúmeras vezes a publicidade deixa de verdadeiramente informar acerca do que vende para apenas dar publicidade, o que pode levar o consumidor a erro. Assim, para que os danos sejam minimizados, regras de conduta e leis devem ser observadas pelo meio publicitário.

A publicidade não pode ser veiculada de qualquer forma, sem o devido respeito às regras internas consumeristas e constitucionais, como no caso de Brasil e Portugal, independentemente do meio utilizado para o exercício da publicidade.

Há de se ter em mente que nenhum dos países citados visa inviabilizar o exercício da publicidade nem censurar, ao inverso o objetivo das legislações, tanto brasileira como portuguesa, é salvaguardar direitos e princípios constitucionais como boa-fé, lealdade, direito à informação, livre iniciativa, concorrência e transparência.

A publicidade, perante a lei brasileira, deve respeitar a Constituição Federal²², em especial os princípios da livre concorrência e a defesa do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Já no regramento português, deve ser respeitada a Constituição da República Portuguesa, a Lei de Defesa do Consumidor, o Código da Publicidade, o Decreto-Lei sobre Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial e as Práticas de Publicidade em Saúde.

Há de se frisar, primeiramente, que as regulamentações ora citadas se aplicam a todo e qualquer formato de publicidade, não havendo distinção dos meios de difusão da mensagem a serem utilizados, pelo que os princípios consumeristas a serem aplicados serão os mesmos.

Em respeito à regulamentação da publicidade, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil, em seu Capítulo V, seção III dispõe sobre a publicidade. Verifica-se através do *caput* do artigo 36.º o dever da publicidade ser veiculada de forma “que o consumidor, fácil, e imediatamente, a identifique

²² Artigo 170.º. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor (...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 21 de julho de 2020.

como tal”²³. Ou seja, a publicidade não pode levar o consumidor a questionar se a mensagem que está consumindo trata-se de publicidade ou não.

No mesmo sentido, o artigo 8.º do Código da Publicidade português, ao disciplinar o princípio da identificabilidade: “1 – A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”²⁴.

Tal proibição legal tornou algumas categorias de publicidade a serem questionadas como a publicidade dissimulada e publicidade clandestina – *merchandising*. Explique-se que a publicidade dissimulada é aquela normalmente veiculada na *media*, sejam em jornais, revistas, TV ou até programas veiculados na *web*, onde a mensagem traveste-se de informativa, conduzida por um jornalista ou especialista, porém trata-se de publicidade²⁵.

Para que esta publicidade se torne totalmente lícita, deve ser acompanhada de aviso de conteúdo publicitário, para assim não confundir o consumidor, conforme prevê também o Código de Autorregulamentação Publicitária brasileiro em seu artigo 30.⁹²⁶.

Já a publicidade clandestina – *merchandising* – é aquela introduzida em filmes, programas de rádio, TV e hoje também em séries da *web* e demais publicações *on-line*, como no *YouTube*, de forma desapercibida, para florescer a curiosidade de quem assiste²⁷.

²³ Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf, acessado em 21 de julho de 2020.

²⁴ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/122033593/202007241605/73697759/diploma/indice>, acessado em 22 de julho de 2020.

²⁵ “Uma boa prática para iludir consumidores é a de plantar publicidade nos veículos de comunicação(...) travestida de matéria jornalística. É que, como o consumidor tende a acreditar na peça jornalística como que apresentando um evento verdadeiro, toma a ficção como realidade e é engando” NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor, 11ª, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 266.

²⁶ Artigo 30.º: “A peça jornalística sob forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor”. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acessado em 03 de agosto de 2020.

²⁷ “Mais comum em vídeos no YouTube no qual determinado produto ou serviço aparece ou é mencionado (de forma implícita), em regra não geraria vinculação, tampouco responsabilidade, desde que aclarado fosse ao consumidor que se trataria de uma publicidade. (...) A publicidade é veiculada de maneira quase despercebida (clandestina), de forma a incitar a curiosidade do consumidor” BARBOSA, Casio César do Nascimento; BRITO, Priscila Ladeira

Ainda, o artigo 37.^o do Código de Defesa do Consumidor brasileiro disciplina a proibição da publicidade enganosa e abusiva. A publicidade enganosa, prevista no parágrafo 1.^o²⁸ do referido artigo, é aquela que pode levar o consumidor a erro, no que concerne a qualquer de suas características ou qualidade; há falta de informação quanto ao produto ou serviço veiculado. Informação essa essencial²⁹ que, se completa, poderia levar a outro comportamento do consumidor.

Tal proibição também é encontrada no Decreto-Lei n.º 57/2008, de Portugal, em seu artigo 7.^o, ao dispor sobre as ações enganosas: “1 – É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”³⁰.

Já a publicidade abusiva, explicada também no artigo 37.^o do CDC brasileiro, no parágrafo 2.^o³¹, é aquela que ofende valores éticos e morais da sociedade, que possa incitar qualquer tipo de violência ou discriminação.

Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. Vol.2, n.º 2, Revista IBERC, Minas Gerais, maio-ago/2019, p. 12.

²⁸ § 1.^o: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acessado em 03 de agosto de 2020.

²⁹ Traz se a explicação de HERMAN BENJAMIN acerca de informação essencial: “considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 9.^aed, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2007, p. 352.

³⁰ Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/246504/details/maximized>, acessado em 03 de agosto de 2020.

³¹ § 2.^o: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou

Como leciona CLAUDIA LIMA MARQUES, “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”³².

Assim, verifica-se que a publicidade, para ser lícita, deve ser realizada de forma clara, informativa e completa. Qualquer omissão, seja na forma da prestação de serviços ou na qualidade de um produto, por exemplo, que possa impelir o consumidor a erro será considerada enganosa. Ainda, a abusividade de uma publicidade é caracterizada quando instiga o consumidor a comportamentos prejudiciais à sua saúde ou segurança.

Deixe-se claro que as referidas regras se aplicam ao meio digital, conforme estabelece o artigo 30.^o³³, que trata sobre a oferta, que toda forma ou meio de comunicação utilizado para dar publicidade ou informação sobre determinado produto ou serviço obriga o fornecedor a tais dizeres.

Assim, da análise das normas acerca da publicidade, verifica-se a importância e o dever da publicidade respeitar e cumprir com direito à informação clara e transparente, a boa-fé e licitude.

Em especial ao direito à informação, verifica-se que este vem se perdendo no desenvolvimento publicitário, pois as marcas tendem a enaltecem seu produto/serviço sem com isso, necessariamente, prestarem a informação completa e devida.

6. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Os influenciadores digitais, como explicado, têm a função de criar conteúdo para gerar engajamento com seus seguidores, aqui consumidores, e marcas patrocinadoras. Por isso, encontram-se dentro da cadeia de consumo: anunciante – veículo de comunicação – agente publicitário – influenciador

segurança”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm, acessado em 03 de agosto de 2020.

³² MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7.^a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 878.

³³ Artigo 30.^o. “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf, acessado em 21 de julho de 2020.

digital – consumidor final, posto que a oferta integra o contrato, como disciplina o artigo 30.º do CDC³⁴.

Como participante da relação de consumo, ainda que como fornecedor por equiparação³⁵, obtendo ganhos econômicos com determinada publicidade e devido à relação direta e pessoal com seus seguidores, o influenciador digital tem o dever de agir com boa-fé para com seu público. A obrigação com a informação correta e transparente deve ser reforçada, o que muitas vezes não ocorre.

Observa-se nas redes a imensa divulgação de publicidade ilícita, seja enganosa ou abusiva, perpetrada por esses novos profissionais, o que atrai responsabilidade para tal fato devido às violações aos princípios da boa-fé, da identificação publicitária e ao direito à informação, direito básico do consumidor, conforme o artigo 6.º do CDC.

Pelo não cumprimento do dever de informar, o fornecedor pode ser responsabilizado pelo risco inerente que, nas palavras de SERGIO CAVALIERI FILHO, é “o risco intrinsecamente atado à própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação (...) Em princípio, o fornecedor não responde pelos riscos inerentes (...) salvo se faltar com o seu dever de informar”³⁶.

Assim, caracterizado o vício na publicidade quanto à ausência de informações, o influenciador digital poderá ser responsabilizado por eventual dano causado ao seguidor (consumidor), conforme ao artigo 14.º do CDC³⁷,

³⁴ “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acessado em 21 de julho de 2020.

³⁵ “Aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse”. MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 1ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. p. 83.

³⁶ CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, 11.ª ed, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 546.

³⁷ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acessado em 20 de julho de 2020.

o qual traz o risco do empreendimento, que segundo SERGIO CAVALIERI FILHO traduz-se da seguinte forma:

“(...) todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeito dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços”³⁸.

Na hipótese, devido à vulnerabilidade do consumidor, será caracterizada a responsabilidade objetiva, conforme disciplina o CDC, ou seja, não há necessidade de se comprovar dolo ou culpa, os elementos para configuração da responsabilidade são a existência de defeito ou vício do produto ou serviço; o evento danoso ou prejuízo causado ao consumidor e a relação de causalidade entre o defeito/vício e o evento danoso/prejuízo.

Ainda, o artigo 7.º, parágrafo único³⁹, e artigo 25.º, parágrafo 1.º⁴⁰, do CDC estabelecem a responsabilidade solidária nas relações de consumo. Dessa forma, como participante da cadeia de consumo, o influenciador digital responderá solidariamente no caso de eventual demanda concernente aos danos advindos da publicidade realizada.

Frise-se que o referido Código tem forte caráter principiológico, sendo um de seus princípios o “estudo constante das modificações do mercado de consumo”, conforme artigo 4.º, inciso VIII, o que permite sua aplicabilidade às novas dinâmicas da sociedade de consumo. Assim, ainda que não traga disposição específica sobre a prestação de serviços *on-line* ou quanto ao

³⁸ CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, 11.ª ed, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 544.

³⁹ Artigo 7.º, parágrafo único: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acessado em 10/10/2020.

⁴⁰ Artigo 25.º, parágrafo 1.º: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acessado em 10/10/2020.

profissional em estudo, pode e deve ser aplicado às relações de consumo no âmbito da internet, em especial aos novos meios de publicidade.

Nesse sentido, cumpre informar que o projeto de lei n.º 10.919/2018⁴¹ em trâmite na Câmara dos Deputados visa alterar o CDC nesse tocante: o objetivo é incluir o dever da identificação publicitária de produtos e serviços, por usuário de aplicação de internet, independentemente da forma ou meio de veiculação utilizado. Fato que demonstra que o legislador está atento as novas formas de publicidade *on-line* e os deveres que advém dela.

Sob a mesma orientação, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 3.º, prevê a responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação para com a publicidade lícita. A publicidade é atividade comercial livre, contudo, quando ofende causando danos a outrem, deve o ofensor responder por tanto, haja vista que consiste em uma atividade comercial e ganhos com tal ato foram angariados. Dessa forma, deve responder pelo risco do negócio como qualquer outra atividade, inclusive o influenciador digital que auferiu lucro com tal divulgação⁴².

Cabe informar que é o CONAR⁴³ – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – o guardião do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Trata-se de uma organização não governamental formada por publicitários e profissionais de outras áreas que tem como missão impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor.

O CONAR recebe denúncias de qualquer pessoa quanto à veiculação de publicidades que não estão em cumprimento com o referido código. A denúncia é julgada pelo Conselho de Ética, onde é exercido o direito à

⁴¹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=123688C63BE098954BA9A3E3EBD81385.proposicoesWebExterno1?codteor=1778825&filename=Tramitacao-PL+10919/2018, acessado em 07/10/2020.

⁴² “Significa dizer que a publicidade é livre até o ponto em que não cause danos a outrem, ou seja, o limite da liberdade é a responsabilidade, pois quem obtém algum benefício pelo ato, deve suportar o risco de eventuais danos que possam ser causados ao consumidor, inclusive a celebridade que tem o benefício do cachê pela aparição no informe publicitário”. BARBOSA, Nathália Sartarello; MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. O Reflexo da Sociedade do Hiperconsumo no Instagram e a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. Direitos Culturais. Santo Ângelo. V. 13, n.º 30, Revista Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, 2018, p. 73-88, p.83.

⁴³ Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acessado em 12/10/2020.

defesa das partes. Se comprovada a denúncia, recomenda-se a alteração da publicidade ou a suspensão da veiculação do anúncio.

Veja que não se trata de órgão do Poder Judiciário, mas ainda assim exerce importante papel de defensor da realização da publicidade lícita, sendo respeitado pelos veículos de comunicação. Assim, cabe trazer uma de suas decisões no tocante a publicidade não sinalizada e o dever de informar; é o que segue:

Consumidora de Belo Horizonte (MG) questionou a identificação publicitária de anúncio em internet da Bag-Online. Para a consumidora, as anunciantes tentam disfarçar a natureza publicitária da peça, confundindo-a com a opinião pessoal da blogueira Juju Norremose, o que é prática reprovada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

A blogueira enviou defesa ao CONAR, alegando que a postagem é um agradecimento dela à empresa que lhe enviou um presente, não envolvendo pagamento ou contrapartida.

A relatora escreveu em seu voto: “o mundo digital, com especial atenção para as redes sociais, vem desafiando a publicidade e ampliando o seu escopo de atuação. É interessante acompanhar essa evolução e admirar a capacidade criativa de, usando tecnologia, se atingir o público. O que não podemos perder de vista é a responsabilidade ética de deixar o consumidor ciente do que é opinião, o que é publicidade”. No caso em tela, ela considerou tratar-se de ação de *merchandising* não adequadamente caracterizada como tal. Por isso, propôs a alteração agravada por advertência aos anunciantes. Seu voto foi aceito por unanimidade⁴⁴.

Por fim, o Código Civil – CC/2002 prevê em seu artigo 927.^o⁴⁵, parágrafo único, a obrigação de indenizar de forma objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. E foi sob esse regramento que, em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu em ação movida por seguidora em face da plataforma digital e da influenciadora digital devido à compra de produto efetuada e não recebida. Segue trecho da presente decisão: “Ora, no caso em apreço, não se pode olvidar que,

⁴⁴ Representação 268/2017. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acessado em 12/10/2020.

⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/2002/L10406.htm, acessado em 08/10/2020.

ainda que estamos fora de uma relação⁴⁶ de consumo, é possível subsistir a responsabilidade objetiva, conforme declara o artigo 927.º, parágrafo único, do NCC/02, que estabelece: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Assim, ao perscrutar os autos, verifico que a *atividade normalmente desenvolvida* pela requerida (Virgínia) implica em expor produtos de terceiros à venda, sob sua chancela e indiscutível influência, posto que, sem ela, não teríamos a contratação do produto, pois por ser seguidora desta é que a ré comprou o direcionado produto. Portanto, é notório que a segunda requerida faz tal ato com habitualidade, conforme se apura em seu perfil virtual na plataforma do *Instagram*, aliado a isso, essa ré não nega tal intermediação, mas apenas a questão do valor, permanecendo incólume a relação de intermediação, sobre a qual se lucra com habitualidade, o que atrai a responsabilidade normalmente desenvolvida pela mesma”.

Assim, com base no lucro habitual e pela atividade desenvolvida em redes sociais, a influenciadora foi condenada ao ressarcimento à seguidora sob o valor do objeto comprado e não recebido, visto que esta só realizou tal compra por ter visualizado no perfil da ré.

Conclui-se pela decisão que foi utilizada a teoria do risco criado ou risco da atividade para chegar à condenação da *digital influencer*, significa dizer que todo profissional que desenvolva certa atividade empresarial ou profissional responde por eventuais riscos que essa atividade possa gerar, independentemente de culpa⁴⁷.

⁴⁶ Processo n.º 0019543-02.2019.8.19.0007, Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=22&descMov=Senten%E7a>, acessado em 06/10/2020.

⁴⁷ “(...) porque pela teoria do risco criado, que também pode ser chamada do risco da atividade, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor à segurança e à incolumidade de terceiros, independentemente de culpa. Esta obrigação é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar determinados serviços.” CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, 11.ª ed, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 8.

A fundamentação da decisão sob a teoria do risco da atividade parece bem aplicável. O parágrafo único do artigo 927.^o, como cláusula geral, permite à proteção da sociedade em face dos novos dilemas por sua ampla aplicabilidade, tendo em vista que nem sempre a legislação irá abarcar especificamente todos os possíveis problemas futuros da sociedade, como o do caso em tela. Basta que seja demonstrado o laço de conexão entre a atividade e o dado ocasionado⁴⁸.

Assim, vê-se que a legislação consumerista, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e o Código Civil estão em consonância quanto ao dever de informar e de indenizar quando danos são gerados ao consumidor, independentemente de culpa.

Há ainda quem defenda a responsabilidade subjetiva do influenciador digital, fazendo uma analogia às celebridades que apenas emprestam sua imagem, sob o argumento de que não detêm conhecimento técnico sobre o produto/serviço⁴⁹. Caso demandado deve provar que não agiu com culpa, não lhe cabendo o risco da atividade.

Tal entendimento parece não prosperar, visto a facilidade que se tem hoje em obter informações de segurança, conteúdo e eficácia de muitos produtos e serviços. E, ainda, pelos diversos anúncios realizados pelos influenciadores digitais não é possível colocá-los na mesma posição que uma celebridade, uma vez que a publicidade que realizam é baseada em suas experiências de consumo pessoal, bem como muitas vezes participam da criação da campanha publicitária, sendo inviável tal comparação.

⁴⁸ A cláusula geral se abre para acomodar as transformações para o futuro. Conforme disciplina a parte final do parágrafo único do artigo 927.^o, para que se condene o agente à reparação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais na ausência de norma, será necessário o preenchimento da cláusula geral a fim de que se evidencie que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano concretamente implica, por sua natureza, risco para direitos de outrem. BRAGA, Felipe Peixoto Netto; FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 4.^a ed, JUSPODIUM, Bahia, 2017, p. 474).

⁴⁹ As celebridades, por sua vez, emprestam sua imagem e voz para o anunciante promover seus produtos. Na esteira do quanto afirmado em relação aos veículos, não podem assumir idêntica responsabilidade à do fornecedor, notadamente porque em muitas situações atua como mera “porta-voz” do anunciante, sem qualquer declaração com bases em suas experiências pessoais de uso dos produtos ou serviços. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para Avaliação da Ilícitude na Publicidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 314.

Indiscutível é que a contratação do influenciador digital para a realização de atividade publicitária implica em seu envolvimento direto ou indireto com o produto ou serviço veiculado, devido à utilização de sua imagem e reputação. Seu crivo é necessário, o que o coloca ao lado dos fornecedores. Assim, deve também ser responsabilizado objetivamente e solidariamente por anúncios ilícitos propagados, bem como por eventuais danos decorrentes desta publicidade.

7. Conclusão

O avanço tecnológico e as novas dinâmicas do consumo *on-line* criam espaço fértil para o desenvolvimento da carreira dos influenciadores digitais, posto ser a internet ambiente quase sem limites para novas criações. Contudo, como qualquer outra atividade, seja esta lucrativa ou não, direitos devem ser observados e respeitados.

Foi demonstrada a importância da divulgação de produtos e serviços por esses profissionais, *vide* o investimento financeiro que as marcas realizam ao contratarem o influenciador digital e o valor atribuído a seus *posts*, como citado anteriormente. Assim, inegável sua importância para o crescimento de uma marca.

Ademais, no ano de 2020, o papel do influenciador digital foi intensificado. Devido à pandemia, mais pessoas foram obrigadas a ficar em casa (devido ao isolamento social obrigatório em várias partes do mundo) e mais meios de entretenimento foram buscados, sendo que um deles foram as redes sociais.

O acesso à internet aumentou consideravelmente em diversos países, não apenas devido à implementação do *home office*⁵⁰, mas também pelo consumo das milhares de *LIVES*⁵¹ transmitidas pelo *YouTube*, pela procura de aulas gratuitas transmitidas pelo *Instagram* ou por vídeos engraçados

⁵⁰ “Casas, empresa, telemóveis. Pandemia faz disparar tráfego nas redes”. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2020/04/25/casas-empresa-telemoveis-pandemia-faz-disparar-trafego-nas-redes/>, acessado em 02 de agosto de 2020.

⁵¹ “Na quarentena, o mundo virou uma *live*”. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-mundo-e-uma-live/>, acessado em 18 de agosto de 2020.

no *TIKTOK*. Consequentemente, diversas empresas tiraram proveito dessa grande exposição e consumo.

Por isso, o influenciador digital tem o dever de agir conforme o regramento vigente e as normas de conduta impostas pelo Estado, visto seu comprovado poder de persuasão, influência e engajamento perante aqueles que o seguem e confiam em suas sugestões e dicas, que na verdade são verdadeiros anúncios.

Há de se ter em mente que as atividades realizadas nas plataformas digitais, sejam em forma de *publipost*, *reviews* ou recebidos, não importando a nomenclatura atribuída, são novas espécies de publicidade. E, como qualquer outra atividade publicitária, devem ser desenvolvidas conforme à regulação pertinente, com respeito aos direitos do consumidor e aos princípios constitucionais.

Toda e qualquer divulgação realizada no ambiente *on-line* deve ser efetuada com a devida atenção ao direito à informação, boa-fé e transparência, princípios estes que vêm se perdendo na internet e muitas vezes não observados por este profissional.

Dessa forma, na hipótese de eventual dano, devido à falta de informação, sinalização, abuso ou engano advindo de publicidade veiculada em seus canais nas redes sociais, o influenciador digital deve ser responsabilizado civilmente de forma objetiva pela evidente participação na criação de conteúdo, na disseminação da informação e no dever de informar corretamente.

Do mesmo modo, como forma de aumentar a proteção dos consumidores, elo mais fraco na relação de consumo, as empresas devem agir de forma mais diligente ao escolherem determinada pessoa para veicular seus produtos e serviços, pois cabe ao ente patrocinador também agir de acordo com a lei e a ética profissional⁵².

Por fim, compete ao Estado o dever de informar o cidadão de seus direitos e torná-lo verdadeiro protagonista dessa relação, porquanto o consumidor

⁵² Cabe trazer como exemplo a UNILEVER que, em 2018, informou que tomaria medidas mais eficientes na escolha dos influenciadores digitais para trazer mais conteúdo transparente, informativo e responsável a seu público. “Unilever calls on industry to increase trust, transparency and measurement in influencer marketing”. Disponível em: <https://www.unilever.com/news/press-releases/2018/unilever-calls-on-industry-to-increase-trust-transparency-and-measurement-in-influencer-marketing.html>, acessado em 03 de agosto de 2020.

também tem o poder de fiscalizar e denunciar comportamentos e anúncios inapropriados na *web*. Ainda, cabe ao Estado atuar de forma preventiva através da elaboração de códigos de conduta para marcas e influenciadores digitais e de forma impositiva através de sanções aplicadas pelo Poder Judiciário, quando observar o não cumprimento da lei.

COVID-19 e o Avião que Nunca Chegou a Descolar

FRANCISCA LOPES

I. Introdução. II. Passageiro-Consumidor. III. Transporte Aéreo na União Europeia. IV. Regulamento (UE) n.º 261/2004. 1. Âmbito de aplicação. 2. Cancelamento. 3. Circunstâncias extraordinárias. 4. Recusa de embarque. 5. Atraso. V. Impacto da situação pandémica. VI. Circunstâncias extraordinárias. VII. O avião não descolou. E agora?

Resumo: Neste artigo analisamos o Regulamento (CE) n.º 261/2004, que estabelece regras comuns em caso de recusa de embarque, de cancelamento ou atraso considerável dos voos. Estudamos de seguida as várias medidas restritivas de contenção da pandemia e o seu impacto no setor do transporte aéreo, procurando alertar para a insustentabilidade da situação.

Palavras-chave: Transporte Aéreo; Regulamento (CE) n.º 261/2004; Circunstâncias Extraordinárias; COVID-19.

I. Introdução

No início deste ano, a Comissão Chinesa da Organização Mundial de Saúde (OMS) reportou vários casos de pneumonia, de causa desconhecida, com origem em Wuhan.

O outrora desconhecido coronavírus SARS-CoV-2 provocou já a morte de 1 705 300 de pessoas em todo o mundo¹.

As fatalidades provocadas pela denominada COVID-19 estendem-se pela nossa economia. Os períodos de confinamento, juntamente com a incerteza

¹ Dados à data da publicação deste artigo, disponíveis em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, atualizados diariamente pela Universidade Johns Hopkins.

do futuro, resultaram numa quebra recorde do Produto Interno Bruto na União Europeia, estimada em 14,4% no segundo trimestre deste ano². O choque provocado pela crise desencadeada pela COVID-19 interrompeu as tendências de melhoria registadas no sistema económico português, tendo o Instituto Nacional de Estatística estimado uma forte contração no segundo trimestre de 2020, tendo diminuído 16,5% em termos homólogos, após a redução de 2,3% no trimestre anterior³.

Um dos setores onde esta crise mais se fez notar é o da aviação. A Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA⁴) receia perdas de milhares de milhões de euros para as transportadoras aéreas.

Neste texto iremos tratar a resposta do nosso ordenamento jurídico, necessariamente dependente do Direito da União Europeia, à pandemia causada pela COVID-19 no transporte aéreo.

II. Passageiro-Consumidor

Não temos entre nós nenhuma definição universal de consumidor, nem mesmo a nível internacional, o que nos obriga a analisar diploma a diploma de modo a delimitar o âmbito subjetivo.

A nível europeu, a União Europeia (adiante UE) procura definir um corpo mínimo comum do conceito.

No ano 2005, no âmbito das práticas comerciais desleais, o consumidor ficou definido como “qualquer pessoa singular que (...) atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” na Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio⁵. Por seu turno, a

² Neste sentido, *vide* <https://pt.euronews.com/2020/05/06/bruxelas-preve-recessao-historica-na-uniao-europeia-em-2020>.

³ *Vide* Síntese INE@COVID-19, Acompanhamento do impacto social e económico da pandemia – 20.º reporte semanal, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=447870219&DESTAQUESmodo=2.

⁴ Na nomenclatura inglesa, International Air Transport Association.

⁵ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004. Cfr. Artigo 2.º alínea a)). Nos termos do artigo 2.º alínea d), as práticas comerciais concretizam-se em “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais,

Diretiva 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011⁶, relativa aos direitos dos consumidores nos contratos celebrados com um profissional⁷, define que por *consumidor* se entende “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” (cfr. artigo 2.º, alínea 1)).

Mais tarde, e no mesmo sentido, a Diretiva 2013/11/EU, de 21 de maio de 2013⁸, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, define que é consumidor a pessoa “quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea a)). Também assim prevê a Diretiva 2008/122/CE, de 14 de janeiro de 2009⁹, sobre a proteção do consumidor, relativamente a determinados aspetos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca. Seguindo o mesmo raciocínio, indica-se ainda a Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019¹⁰, relativa a determinados aspetos da compra e venda de bens de consumo, que entende por consumidor “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” (cfr. artigo 2.º, n.º 2).

O Direito da União Europeia concretiza um conceito que pode ser expandido, o que reforça a confiança dos consumidores e permite usufruir ao máximo das vantagens do mercado interno. Nada impede

incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”.

⁶ Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 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.

⁷ A Diretiva aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás, eletricidade ou aquecimento urbano, incluindo por fornecedores públicos, na medida em estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual (cfr. artigo 3.º).

⁸ Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL).

⁹ Diretiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁰ Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE.

os Estados-Membros de ir mais além na definição, podendo ser mais abrangente, mas nunca menos.

Não descurando a análise casuística, a Lei de Defesa do Consumidor (LDC)¹¹ prevê que “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”¹². Funcionando como referência no nosso ordenamento jurídico, a definição adotada por esta lei tem um caráter residual. Com efeito, ainda que alguns diplomas legais reproduzam a LDC, outros não o fazem, pelo que se aplica residualmente por ser uma referência central no nosso Direito e por englobar os princípios gerais do Direito de Consumo¹³.

Partindo da LDC, conseguimos identificar quatro elementos do conceito de consumidor: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional¹⁴.

Começando pelo elemento subjetivo, consumidor é “todo aquele”, podendo ser quer uma pessoa singular, quer uma pessoa coletiva. O elemento objetivo, por seu turno, trata o negócio jurídico entre as partes. Quanto ao uso não profissional, isto é, ao elemento teleológico, considera-se preenchido caso o destino seja o uso predominantemente privado ou uma atividade económica não regular. Exclui-se, assim, do conceito de consumidor qualquer pessoa (singular ou coletiva) que atue no âmbito de uma atividade profissional, seja atividade exercida a nível principal ou secundário. Por fim, o elemento relacional dita que a contraparte da relação seja uma “pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Ou seja, a relação de consumo estabelece-se entre um consumidor e um profissional, independentemente da natureza da atividade desenvolvida por este.

Apesar da falta de uniformidade dos diplomas relativamente ao conceito de consumidor, o passageiro é considerado consumidor.

¹¹ Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que transpõe parcialmente a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

¹² Cfr. Artigo 2.º, n.º 1 da LDC.

¹³ PAULO DUARTE, “A Chamada «Arbitragem Necessária» de «Litígios de Consumo» no Domínio dos Serviços Públicos Essenciais: Âmbito, Natureza e Aspectos Processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, pp. 452-469.

¹⁴ Neste sentido vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29.

III. Transporte aéreo na União Europeia

O consumidor é tendencialmente a parte mais fraca da relação comercial. Em regra, o consumidor não tem os mesmos conhecimentos sobre o bem ou serviço que o profissional tem, tampouco tem noção dos efetivos custos de produção, dos valores de mercado ou até de bens ou serviços concorrentes. Inclusive no que diz respeito à sua defesa, apesar dos mecanismos de resolução alternativa de litígios, os profissionais têm acesso a serviços jurídicos que o consumidor tipicamente não tem.

A UE procura cada vez mais atenuar este desequilíbrio.

A Carta dos Direitos Fundamentais, no seu artigo 38.º, estabelece, aliás que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores. Mais, ao adotar uma política de proteção reforçada da parte mais vulnerável (e garantir os seus direitos), assegura-se também o bom funcionamento do mercado único. Demonstrativo da sua importância, o objetivo de assegurar um elevado grau de proteção dos consumidores é realçado nos artigos 114.º e 169.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No quadro da política comum do transporte aéreo destacam-se vários diplomas, entre eles, o Regulamento (CE) n.º 2027/97¹⁵, relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente, o Regulamento (CE) n.º 219/2007¹⁶, relativo à constituição de uma empresa comum para a realização do sistema europeu de gestão do tráfego aéreo (SESAR), o Regulamento (CE) n.º 1008/2008¹⁷, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na UE, o Regulamento (CE) n.º 80/2009¹⁸, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva, etc. De todos,

¹⁵ Regulamento (CE) n.º 2027/97 do Conselho de 9 de outubro de 1997.

¹⁶ Regulamento (CE) n.º 219/2007 do Conselho, de 27 de fevereiro de 2007, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1361/2008 e, mais tarde, pelo Regulamento (UE) n.º 721/2014.

¹⁷ Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008. Note-se que o Regulamento (UE) n.º 2020/696 altera temporariamente este Regulamento a fim de ajudar as companhias aéreas e os aeroportos a fazer face à redução acentuada do tráfego aéreo provocada pela pandemia da COVID-19.

¹⁸ Regulamento (CE) n.º 80/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de janeiro de 2009, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 2299/89 do Conselho.

o Regulamento (CE) 261/2004¹⁹ tem, naturalmente, especial importância por estabelecer regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos.

IV. Regulamento (CE) n.º 261/2004

Com o aumento da procura por viagens aéreas e com cada vez mais destinos, em regra três ou mais destinos por Estado-Membro, tornou-se imperiosa uma ação comum no domínio da proteção dos interesses dos passageiros.

Em 1991, foi adotado o Regulamento (CEE) n.º 295/91 do Conselho, de 4 de fevereiro, que estabeleceu regras comuns relativas a um sistema de compensação por recusa de embarque de passageiros nos transportes aéreos regulares, no desenvolvimento de uma política de comum de transportes aéreos.

Todavia, o grau de proteção conferido mostrou-se insuficiente.

Não só se verificou que o número de passageiros a quem é recusado o embarque contra a sua vontade continuava a ser demasiado elevado, como o número de passageiros que tinham os seus voos consideravelmente atrasados ou cancelados, sem aviso prévio, registava também um aumento.

Com o objetivo de garantir um maior nível de proteção no mercado liberalizado, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram o Regulamento (CE) n.º 261/2004, de 11 de fevereiro de 2004, aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2005. Importa frisar que este diploma não se aplica às viagens organizadas²⁰.

¹⁹ Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91.

²⁰ A propósito das viagens organizadas, veja-se o Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de agosto, em conjunto com Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho.

1. Âmbito de aplicação

No primeiro Considerando deste Regulamento pode ler-se: “A acção da Comunidade no domínio do transporte aéreo deve ter, entre outros, o objectivo de garantir um elevado nível de protecção dos passageiros. Além disso, devem ser tidas plenamente em conta as exigências de protecção dos consumidores em geral”. Deste modo, em função das exigências de protecção dos passageiros, o Regulamento (CE) n.º 261/2004 reconhece-lhes direitos em casos de atraso de voos, cancelamentos e recusa de embarque contra a vontade do passageiro (cfr. artigo 1.º do Regulamento).

De acordo com o disposto no artigo 3.º, o Regulamento aplica-se aos passageiros que partem de um aeroporto localizado no território de um Estado-Membro a que o Tratado se aplica. Estes devem ter uma reserva confirmada para o voo em questão (e apresentarem-se para o registo como estabelecido e com a antecedência que tenha sido indicada e escrita, incluindo por meios eletrónicos, pela transportadora aérea, pelo operador turístico ou pelo agente de viagens autorizado, ou até 45 minutos antes da hora de partida publicada, caso não tenha sido indicada qualquer hora) ou ter sido transferidos por uma transportadora aérea ou um operador turístico do voo para o qual tinham reserva para outro voo, independentemente do motivo.

Nos termos do sexto Considerando, a protecção concedida aos passageiros que partem de um aeroporto situado num Estado-Membro deverá ser alargada aos que partem de um aeroporto situado num país terceiro com destino a um aeroporto situado num Estado-Membro, sempre que o voo for operado por uma transportadora aérea comunitária. Destarte, o Regulamento aplica-se também aos passageiros que partem de um aeroporto localizado num país terceiro com destino a um aeroporto situado no território de um Estado-Membro a que o Tratado se aplica, a menos que tenham recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro, se a transportadora aérea operadora do voo em questão for uma transportadora comunitária.

Ficam fora do âmbito de aplicação do Regulamento, passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, direta ou indiretamente, ao público, e os passageiros que não sejam transportados em aeronaves motorizadas de asa fixa.

2. *Cancelamento do Voo*

O Regulamento prevê determinados direitos e deveres se o voo for cancelado, conforme o seu artigo 5.º.

O passageiro tem direito a receber da transportadora aérea transportadora, a título gratuito, refeições e bebidas em proporção ao tempo de espera e a duas chamadas telefónicas (ou telexes, mensagens via fax ou *emails*), consoante ditam os artigos 5.º, n.º 1, al. a) e b), artigo 8.º e o artigo 9.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do Regulamento. Os aeroportos devem ainda prestar assistência aos passageiros com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida, tal como prevê o Regulamento (CE) n.º 1107/2006²¹.

Na hipótese de voo de reencaminhamento, quando a hora de partida do novo voo for, pelo menos, um dia após a partida programada do voo cancelado, o passageiro tem direito a alojamento em hotel, se necessário, e transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (cfr. artigo 5.º, n.º 1 al. b), segunda parte, e artigo 9.º, n.º 1, al. b)). Veja-se que os passageiros devem ser esclarecidos quanto aos eventuais transportes alternativos, aquando da informação do cancelamento (cfr. artigo 9.º, n.º 2)²². O artigo 14.º concretiza a obrigação de informar o passageiro, seja pela afixação do esclarecimento na zona de registo dos passageiros, seja pela distribuição.

Cumulativamente, o passageiro tem ainda direito a uma indemnização pelos transtornos e inconvenientes causados. Repare-se que o passageiro só tem direito a esta indemnização se for informado do cancelamento com menos de 14 dias de antecedência em relação à data prevista, cabendo à transportadora provar que o informou (cfr. artigo 5.º, n.º 1 e artigo 7.º).

O valor da indemnização varia entre 250 euros e 600 euros, dependendo da distância considerada com base no último destino a que o passageiro chegará com atraso, em relação à hora inicialmente programada (artigo 7.º, n.º 1).

²¹ Regulamento (CE) n.º 1107/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativo aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com mobilidade reduzida no transporte aéreo, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006R1107>.

²² Note-se que o ónus de prova, quanto a saber se e quando o passageiro foi informado do cancelamento, recai sobre a transportadora.

No n.º 2 do mesmo artigo, é consagrada a possibilidade de redução em 50% do valor da indemnização em determinados casos. Com efeito, havendo voo de reencaminhamento, conforme ao artigo 8.º, se a hora de chegada não ultrapassar as duas horas em relação à hora programada do voo cancelado, nos voos até 1500 quilómetros²³, ou se não ultrapassar as três horas nos voos intracomunitários com mais de 15000 quilómetros ou quaisquer voos com distâncias compreendidas entre 1500 e 3500 quilómetros, ou se não exceder as quatro horas noutros quaisquer voos, a transportadora aérea operadora pode reduzir a indemnização em 50%.

Esta indemnização deve ser paga em numerário, havendo a possibilidade de atribuição de vale de viagem e/ou outro serviço se o passageiro assim o quiser (cfr. artigo 7.º, n.º 3).

Repare-se que, se o cancelamento partir da iniciativa do passageiro, as condições de reembolso ou adiamento da viagem dependem do tipo de bilhete, se reembolsável ou se permite a alteração da reserva.

3. Circunstâncias extraordinárias

O artigo 5.º, n.º 3 do Regulamento consagra uma exceção ao direito de indemnização.

Além de não se aplicar quando o cancelamento for efetuado com mais de 14 dias de antecedência, se a transportadora aérea provar que o cancelamento se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias exime-se do pagamento da indemnização.

Na aceção do Regulamento, circunstâncias extraordinárias são aquelas que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. Nos termos do décimo quinto Considerando existem circunstâncias extraordinárias “sempre que o impacto de uma decisão de gestão do tráfego aéreo, relativa a uma determinada aeronave num determinado dia provoque um atraso considerável, um atraso de uma noite ou o cancelamento de um ou mais voos dessa aeronave, não obstante a transportadora aérea em questão ter efectuado todos os esforços razoáveis para evitar atrasos ou cancelamentos”. Regressaremos a este tema.

²³ A distância deve ser medida pelo método da rota ortodrómica (cfr. artigo 7.º, n.º 4 do Regulamento).

4. Recusa de embarque

Quando a transportadora aérea tiver motivos razoáveis para prever que vai recusar o embarque de passageiros num voo contra a vontade dos mesmos, deve inicialmente apelar a voluntários que aceitem ceder as suas reservas, sendo que, além de receberem determinados benefícios acordados com a operadora, têm ainda direito a assistência conforme o artigo 8.º do Regulamento.

Ainda assim, muitas vezes esta tática da operadora não soluciona os problemas de *overbooking*.

Tipicamente, quando vamos de férias temos os dias todos contados. Ao mesmo tempo que fazemos a reserva do voo, fazemos também a reserva *online* do alojamento. Já temos os locais a visitar mais ao menos definidos, o percurso delineado e vamos até esperançosos que dê para ver “mais qualquer coisa”. Ora, muitas vezes os benefícios oferecidos não compensam adiar as férias.

Se o número de voluntários for insuficiente para permitir que os restantes passageiros com reservas possam embarcar, a transportadora aérea operadora pode recusar o embarque a passageiros contra sua vontade, devendo, além de prestar assistência nos termos do artigo 8.º, indemnizá-los imediatamente como prevê o artigo 7.º. De acordo com o nono Considerando, “o número de passageiros a quem é recusado o embarque contra a sua vontade deverá ser reduzido mediante exigência às transportadoras aéreas de que apelem a voluntários que aceitem ceder as suas reservas a troco de benefícios, em vez de recusarem o embarque aos passageiros, e mediante indemnização integral àqueles a quem o embarque acabe por ser recusado”

5. Atraso

Por vezes, antes de chegarmos ao tão desejado destino, passamos por alguns momentos de *stress*, em especial, quando somos avisados do atraso do nosso voo.

Nestes casos, a assistência prestada varia consoante o tempo do atraso e a distância do voo, organizando-se em três patamares. No caso de o voo sofrer um atraso de duas ou mais horas em relação à sua hora programada de partida, com percurso até 1500 quilómetros, deve ser oferecido aos passageiros refeições e bebidas, em proporção com o tempo de espera, e

também, a título gratuito, duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou mensagens por correio eletrónico (cfr. artigo 9.º, n.º, 1 al. a) e n.º 2). Se o voo tiver uma duração de três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros, o passageiro tem direito a alojamento em hotel e ao transporte entre este e o aeroporto. Sendo o atraso igual ou superior a quatro horas, o passageiro tem direito ao reembolso no prazo de sete dias ou a um voo de regresso para o ponto de partida inicial (cfr. artigo 8.º, n.º 1, al. a)).

V. Impacto da situação pandémica

Depois da explicação do estatuído no Regulamento (CE) n.º 261/2004, cumpre analisar o impacto da situação pandémica.

No dia 30 de janeiro, a OMS declarou que os casos do novo coronavírus são uma emergência de saúde pública de interesse internacional. Mais tarde, a 11 de março, afirmou que se trata de uma pandemia. O Diretor-Geral da OMS, Tedros Ghebreyesus, avançou que “todos os países devem conseguir um equilíbrio entre proteger a saúde, minimizar a interrupção económica e social e a proteção dos direitos humanos”.

A 24 de janeiro, em Bordeaux, França, surgiu o primeiro caso de COVID-19 na Europa. Três meses depois, a OMS considerou a Europa um centro ativo da COVID-19.

A rápida propagação do vírus torna essencial uma ação harmoniosa a nível europeu devido à globalização e facilidade de deslocação no espaço Schengen, pelo que os Estados-Membros devem atuar concertadamente para proteger a população e impedir o aumento exponencial de casos. E um pouco por toda a Europa foram adotadas várias medidas restritivas contra a disseminação do vírus²⁴, que incluem confinamento, encerramento de comércio, proibição de ajuntamentos, fronteiras controladas, etc.

²⁴ As 10 medidas da UE para lutar contra a pandemia são: limitar a propagação do vírus, fornecer equipamento médico, promover a investigação, fomentar a solidariedade europeia, garantir a recuperação da UE, apoiar a economia, proteger os empregos, repatriar os cidadãos europeus, ajudar os países em desenvolvimento a enfrentar a pandemia e garantir informação exata, conforme o texto publicado pelo Parlamento Europeu, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20200327STO76004/10-medidas-da-ue-contra-o-coronavirus>.

Em Portugal, o primeiro caso positivo de SARS-CoV-2 foi diagnosticado a 2 de março, mês em que começaram a surgir as medidas de combate à pandemia. Foram implementadas variadíssimas limitações, designadamente no setor do transporte aéreo.

Para reduzir o risco de importar focos ativos de transmissão por transporte aéreo, reduziram-se as viagens. De facto, uma pessoa que viaje para um local com um elevado número de infetados, de alto risco, tem uma maior probabilidade de ficar contaminada que uma pessoa que não o faça.

A primeira medida relativa às restrições de transporte aéreo data de 9 de março.

O Despacho n.º 3186-C/2020²⁵ determinou a suspensão dos voos das zonas de Itália mais afetadas na altura – Emilia-Romagna, Piemonte, Lombardia e Veneto. Nesse dia, Itália registou 1476 novos casos²⁶ e o país entrou na sua primeira quarentena. Por conseguinte, o Despacho n.º 3186-C/2020 foi “atualizado” pelo Despacho n.º 3186-D/2020²⁷, tendo sido suspensos todos os voos com origem em Itália ou destino para Itália, com destino ou partida dos aeroportos ou aeródromos portugueses, pelo período de 14 dias.

A 24 de março, esta suspensão foi prorrogada pelo Despacho n.º 3659-B/2020²⁸, uma vez que a situação epidemiológica ainda não estava controlada. Foi novamente prorrogada a 8 de abril pelo Despacho n.º 4328-D/2020²⁹, a 21 de abril pelo Despacho n.º 4808-B/2020³⁰, a 6 de maio pelo Despacho n.º 5298-A/2020³¹ e a 20 de maio pelo Despacho 5638-B/2020³², até dia 15 de junho.

A situação estava crítica não só em Itália, mas um pouco por toda a Europa. Foram adotadas inúmeras medidas restritivas contra a disseminação do vírus³³, que incluem confinamento, encerramento de comércios,

²⁵ Publicado em Diário da República n.º 49/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-03-10.

²⁶ Informação disponível em <https://covid19.who.int/region/euro/country/it>.

²⁷ Publicado em Diário da República n.º 49/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-03-10.

²⁸ Publicado em Diário da República n.º 59/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-03-24.

²⁹ Publicado em Diário da República n.º 70/2020, 3.º Suplemento, Série II de 2020-04-08.

³⁰ Publicado em Diário da República n.º 78/2020, 2.º Suplemento, Série II de 2020-04-21.

³¹ Publicado em Diário da República n.º 88/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-05-06.

³² Publicado em Diário da República n.º 98/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-05-20.

³³ As 10 medidas da UE para lutar contra a pandemia são: limitar a propagação do vírus, fornecer equipamento médico, promover a investigação, fomentar a solidariedade europeia, garantir

proibição de ajuntamentos, fronteiras controladas, etc. Numa abordagem de precaução (que mais tarde se transformou numa necessidade), foram introduzidas medidas restritivas de modo a aplanar/achatar a curva, o que permitiu ganhar tempo para preparar os sistemas de saúde, adquirir materiais, bem como iniciar trabalhos de investigação sobre as características epidemiológicas.

A 16 de março, a Comissão adotou uma Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho relativa às *restrições temporárias aplicáveis às viagens não indispensáveis para a UE*³⁴, com vista a reduzir os fluxos de entrada de pessoas externas da União, por um período de 30 dias.

Esta restrição temporária aplica-se a todas as viagens não indispensáveis de países terceiros para o espaço UE+³⁵ e, de modo a assegurar a eficácia desta medida, requer uma posição coordenada a nível da UE. Estão, necessariamente, isentos desta medida os cidadãos da UE e dos Estados associados ao espaço Schengen, nacionais de países terceiros que sejam residentes de longa duração na UE, os profissionais da saúde, investigadores no domínio da saúde e profissionais de cuidados prestados a idosos, os trabalhadores fronteiriços, o pessoal dos transportes que efetue transportes de mercadorias e outros trabalhadores do setor dos transportes, na medida do necessário, os diplomatas, pessoal de organizações internacionais, militares e trabalhadores humanitários no exercício das suas funções, os passageiros em trânsito, os passageiros que viajem por motivos familiares imperativos e, ainda, as pessoas que necessitem de proteção internacional ou por outros motivos humanitários.

Todos os Estados chegaram a acordo sobre uma ação coordenada nas fronteiras externas baseando-se nesta Comunicação.

a recuperação da UE, apoiar a economia, proteger os empregos, repatriar os cidadãos europeus, ajudar os países em desenvolvimento a enfrentar a pandemia e garantir informação exata, conforme o texto publicado pelo Parlamento Europeu, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20200327STO76004/10-medidas-da-ue-contr-a-coronavirus>.

³⁴ COM(2020) 115, de 16.03.2020: Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0115>.

³⁵ Como esclarece a comunicação, o «espaço UE+» deve abarcar todos os Estados-Membros que pertencem ao espaço Schengen (e incluir também a Bulgária, a Croácia, Chipre e a Roménia), bem como os quatro Estados associados a Schengen – Islândia, Listenstaine, Noruega e Suíça.

A 8 de abril, a Comissão convidou os Estados a prorrogarem até 15 de maio³⁶ as restrições temporárias aplicáveis às viagens não indispensáveis para a UE devido à evolução da situação epidemiológica. Nas palavras de Margaritis Schinas, vice-presidente da Promoção do Modo de Vida Europeu, “embora sejam já visíveis os primeiros resultados encorajadores, é necessário prorrogar as restrições das viagens para continuar a reduzir os riscos de propagação da doença. Não devemos deixar a porta aberta quando estamos a proteger a nossa casa”³⁷.

Portanto, o tráfego aéreo continuou bastante reduzido. Os voos permitidos limitavam-se ao transporte de mercadorias, repatriamento e de passageiros de categorias muito específicas, assegurando-se, todavia, o fluxo contínuo de bens vitais em toda a UE através dos corredores verdes³⁸.

Note-se que, a par destas limitações, o Estado Português, como vimos, adotou também medidas restritivas com vista à redução da propagação do vírus, quer no que respeita às fronteiras internas da UE, como vimos a propósito das viagens para Itália, quer ao nível das interações sociais.

A par da urgência de combater a pandemia, é iminente discutir como mitigar o seu o impacto económico. Como vimos, o transporte aéreo de passageiros ficou particamente parado.

Tal como se adotou uma ação coordenada para a contenção da pandemia, há também que preparar medidas da mesma ordem para a abertura da Europa, de modo a permitir que a economia volte a funcionar e a crescer de forma sustentável. A Comissão apresentou, em cooperação com o presidente do Conselho Europeu, um roteiro europeu para o levantamento das medidas de contenção do coronavírus³⁹. Recomendou-se que as ações de levantamento sejam graduais, devendo as medidas gerais serem progressivamente substituídas por medidas específicas em função do desenvolvimento, tendo presente a proporcionalidade das medidas tomadas.

³⁶ COM(2020) 148 final, de 8.04.2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0148&from=EN>.

³⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_616

³⁸ C(2020) 1897, de 24.03.2020, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XC0324\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XC0324(01)).

³⁹ Roteiro Europeu Comum com vista para o levantamento das medidas de contenção da pandemia, disponível em https://ec.europa.eu/info/files/communication-european-roadmap-lifting-coronavirus-containment-measures_pt.

Em consonância com o roteiro comum, o levantamento das medidas restritivas que haviam sido recomendadas só deverá ter lugar após a supressão dos controlos nas fronteiras internas e das restrições à livre circulação na UE. É, aliás, reconhecido no roteiro que todos os Estados-Membros proibiram os ajuntamentos públicos e introduziram restrições de viagens ou nas fronteiras. Mais de metade dos Estados-Membros havia decretado o estado de emergência⁴⁰.

Se, por um lado, é evidente que não podemos viver para sempre em confinamento, também é certo que não podemos voltar ao “normal”, pelo menos para já. Com efeito, não se trata de um levantamento imediato, mas sim de um plano sustentável para uma flexibilização crescente das medidas de confinamento.

A 8 de maio, a Comissão convidou os Estados-Membros a prorrogarem, por igual período de 30 dias, as restrições temporárias das viagens não indispensáveis para a UE⁴¹. Isto é, estender as restrições até 15 de junho.

Ainda que se reconhecessem progressos (estariamos nesta fase no fim da chamada primeira vaga), a situação mantinha-se muito frágil.

A 11 de junho, a Comissão recomendou novamente a prorrogação das restrições às viagens não indispensáveis para a UE até 30 de junho⁴², dado que a situação epidemiológica permanecia crítica.

Em função da evolução tendencialmente positiva, reforçou-se o já indicado no roteiro comum, uma abordagem unificada e gradual para o levantamento das restrições, inclusive nas fronteiras internas. A este propósito, a Comissão Europeia criou uma plataforma online para o relançamento das viagens e turismo na UE. A plataforma Re-open UE⁴³ tem informações atualizadas em tempo real sobre as fronteiras, restrições e medidas de saúde e segurança pública (como o uso de máscaras) de modo

⁴⁰ Em Portugal, o primeiro estado de emergência foi decretado em março, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

⁴¹ COM (2020) 222 final, de 8.05.2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0222&from=EL>.

⁴² COM (2020) 399 de 11.06.2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0399&qid=1585741296732>. Assistimos a um alargamento das isenções nesta prorrogação: nacionais de países terceiros que viajem por motivos de estudos e trabalhadores de países terceiros altamente qualificados, se o seu trabalho for necessário do ponto de vista económico e não puder ser adiado ou executado no estrangeiro.

⁴³ Disponível em <https://reopen.europa.eu/pt>.

a que o passageiro esteja devidamente informado e possa gerir os riscos contínuos relacionados ao coronavírus.

Para assegurar um levantamento coordenado das restrições de viagem nas fronteiras externas a todos os países terceiros, a Comissão apresenta critérios comuns e objetivos, sem descurar a necessária flexibilidade. Com efeito, há que ter presente a disponibilidade e a fiabilidade dos dados dos países terceiros, nomeadamente o número de novas infeções por cada 100 000 habitantes e a tendência da taxa de novas infeções⁴⁴, entre outros, tal como concretiza a Recomendação (UE) 2020/912 do Conselho, de 30 de junho⁴⁵.

Recomendou-se, ainda, que os Estados-Membros prorrogassem a restrição das viagens não indispensáveis a todos os países terceiros que ainda

⁴⁴ Os critérios estão relacionados com a situação epidemiológica e as medidas de contenção. Há que considerar a aplicação de medidas de contenção durante as viagens, incluindo o distanciamento físico, concomitantemente com um esforço no sentido de incutir e manter a confiança: as recomendações aos viajantes, etc. Para mais desenvolvimentos, recomenda-se a leitura da própria comunicação.

⁴⁵ Recomendação (UE) 2020/912 do Conselho, de 30 de junho de 2020, relativa à restrição temporária das viagens não indispensáveis para a UE e ao eventual levantamento de tal restrição, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0912&from=EN>. Esta recomendação veio sendo atualizada em correspondência com o desenvolvimento da situação epidemiológica. Com efeito, a 16 de julho de 2020, a Recomendação (UE) 2020/912 foi alterada pela Recomendação (UE) 2020/1052 do Conselho, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3A%3A2020%3A230%3ATOC>. O levantamento das restrições temporárias das viagens não indispensáveis para a UE passou a ter início programado para 16 de julho. Mais tarde, a 30 de julho de 2020, o Conselho alterou novamente a Recomendação (UE) 2020/912 pela adoção da Recomendação (UE) 2020/1144, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3A%3A2020%3A248%3ATOC>. O início do levantamento foi novamente reagendado para 31 de julho. A 7 de agosto, a Recomendação (UE) 2020/912 foi novamente atualizada pela Recomendação (UE) 2020/1186 do Conselho, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32020H1186#ntr3-L_2020261PT.01008301-E0003. A data de início do levantamento foi de novo actualizada para 8 de agosto. A última alteração, à data deste trabalho, à Recomendação (UE) 2020/912 foi feita pela Recomendação (UE) 2020/1551 do Conselho a 22 de outubro, da qual resulta a seguinte redação: “A partir de 22 de outubro de 2020, os Estados-Membros devem levantar gradualmente a restrição temporária das viagens não indispensáveis para a UE”. A Recomendação (UE) 2020/1551 encontra-se disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1551&from=EN>.

não constassem da lista de controlo criada pelo cruzamento de dados da OMS e do Centro Europeu de Prevenção e Controlo de Doenças (ECDC). Nestes casos, verificam-se de novo isenções a determinadas categorias de pessoas⁴⁶, sem prejuízo da possibilidade de medidas de isolamento ou semelhantes. Relativamente aos países que constam da lista, propõe-se o levantamento das restrições de viagem a partir de 1 de julho.

A nível nacional, a concretização destas recomendações ocorreu com o Despacho n.º 3427-A/2020⁴⁷. Este Despacho interditou o tráfego aéreo com destino e a partir de Portugal de todos os voos de e para países que não integram a UE, por um período de 30 dias. Em conformidade com as recomendações europeias, são elencadas certas exceções, nomeadamente “os países associados ao Espaço Schengen (...); b) Os países de expressão oficial portuguesa; do Brasil, porém, serão admitidos apenas os voos provenientes de e para São Paulo e de e para o Rio de Janeiro; c) O Reino Unido, os Estados Unidos da América, a Venezuela, o Canadá e a África do Sul, dada a presença de importantes comunidades portuguesas” (cfr. artigo 1.º do Despacho citado). Tão-pouco se aplica a voos destinados a permitir o regresso a Portugal dos cidadãos nacionais ou aos titulares de autorização de residência em Portugal (cfr. artigo 2.º do diploma⁴⁸).

Esta interdição veio a ser sucessivamente prorrogada pelo Despacho n.º 4698-C/2020⁴⁹, de 17 de abril, pelo Despacho n.º 5503-C/2020⁵⁰, de 13

⁴⁶ Devem estar isentos os cidadãos da União, na aceção do artigo 20.º, n.º 1 do TFUE, e os nacionais de países terceiros que, ao abrigo de acordos celebrados entre a União e os seus Estados-Membros, por um lado, e esses países terceiros, por outro, beneficiem de direitos de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União, bem como os respetivos familiares; os nacionais de países terceiros residentes de longa duração ao abrigo da Diretiva Residentes de Longa Duração e as pessoas cujo direito de residência decorra de outras diretivas da UE ou do direito nacional ou que sejam titulares de vistos nacionais de longa duração, bem como os respetivos familiares. Para mais desenvolvimentos, *vide* a Recomendação (UE) 2020/912.

⁴⁷ Publicado em Diário da República n.º 55/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-03-18, com entrada em vigor a partir das 24 horas do dia 18 de março de 2020.

⁴⁸ Não é também aplicável a aeronaves de Estado e às Forças Armadas, voos para transporte exclusivo de carga e correio, bem como a voos de carácter humanitário ou de emergência médica e a escalas técnicas para fins não comerciais (cfr. artigo 3.º do diploma).

⁴⁹ Publicado em Diário da República n.º 76/2020, 2.º Suplemento, Série II de 2020-04-17.

⁵⁰ Publicado em Diário da República n.º 93/2020, 3.º Suplemento, Série II de 2020-05-13.

de maio, pelo Despacho n.º 6251-A/2020⁵¹, de 12 de junho, que introduziu as exceções previstas na Recomendação (UE) 2020/912 do Conselho e na Comunicação (2020) 399 de junho.

Foi, de novo, prorrogada pelo Despacho n.º 6756-C/2020⁵², de 30 de junho, pelo Despacho n.º 7212-B/2020⁵³, de 15 de julho, pelo Despacho n.º 7595-A/2020⁵⁴, de 31 de julho, que simultaneamente autorizava os voos de e para países cuja situação epidemiológica esteja de acordo com a Recomendação (UE) 2020/912, respeitantes a ligações aéreas com Portugal e constantes da lista em anexo ao presente Despacho, do qual faz parte integrante (cfr. artigo 2.º deste diploma), pelo Despacho n.º 8001-A/2020⁵⁵, de 14 de agosto, pelo Despacho n.º 8391-A/2020⁵⁶, de 31 de agosto, pelo Despacho n.º 8777-C/2020⁵⁷, de 11 de setembro, pelo Despacho n.º 9373-A/2020⁵⁸, de 30 de setembro, pelo Despacho n.º 9934-A/2020⁵⁹, de 14 de outubro, pelo Despacho n.º 10712-F/2020⁶⁰, de 30 de outubro, e recentemente pelo Despacho n.º 11231-A/2020⁶¹, de 13 de novembro.

Tal como Portugal adotou as recomendações, também os demais Estados-Membros o fizeram.

VI. Circunstâncias extraordinárias

A Europa foi, deveras, palco de inúmeras restrições concernentes ao transporte aéreo de passageiros, o que, conseqüentemente, levou a um aumento exponencial do cancelamento dos voos turísticos.

⁵¹ Publicado em Diário da República n.º 113/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-06-12. A partir deste Despacho, passou a ser feita uma avaliação quinzenal e não mensal, como inicialmente.

⁵² Publicado em Diário da República n.º 125/2020, 4.º Suplemento, Série II de 2020-06-30.

⁵³ Publicado em Diário da República n.º 136/2020, 2.º Suplemento, Série II de 2020-07-15.

⁵⁴ Publicado em Diário da República n.º 148/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-07-31.

⁵⁵ Publicado em Diário da República n.º 158/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-08-14.

⁵⁶ Publicado em Diário da República n.º 169/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-08-31.

⁵⁷ Publicado em Diário da República n.º 178/2020, 3.º Suplemento, Série II de 2020-09-11.

⁵⁸ Publicado em Diário da República n.º 191/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-09-30.

⁵⁹ Publicado em Diário da República n.º 200/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-10-14.

⁶⁰ Publicado em Diário da República n.º 212/2020, 3.º Suplemento, Série II de 2020-10-30.

⁶¹ Publicado em Diário da República n.º 222/2020, 1.º Suplemento, Série II de 2020-11-13.

Trata-se do último Despacho de prorrogação das aplicáveis ao tráfego aéreo à data da elaboração do presente trabalho.

Consoante o Regulamento (CE) n.º 261/2004, a transportadora aérea operadora não é obrigada a pagar uma indemnização se puder provar que o cancelamento se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis (cfr. artigo 5.º, n.º 3). Eis o busílis da questão: a pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 é uma circunstância extraordinária para efeitos de aplicação de Regulamento (CE) n.º 261/2004?

Nos termos do disposto no décimo quarto Considerando do Regulamento (CE) n.º 261/2004, as circunstâncias extraordinárias podem “sobrevir, em especial, em caso de instabilidade política, condições meteorológicas incompatíveis com a realização do voo em causa, riscos de segurança, falhas inesperadas para a segurança do voo e greves que afectem o funcionamento da transportadora aérea”. A par destas, é também considerada circunstância extraordinária se o cancelamento decorrer de decisões de gestão do tráfego aéreo. Ora, esta lista não é exaustiva, pelo que a dúvida permanece.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem vindo a concretizar, ao longo dos anos, o conceito de circunstâncias extraordinárias.

Decorre da jurisprudência do TJUE que os problemas técnicos das aeronaves podem ser considerados falhas inesperadas para a segurança do voo e que são suscetíveis de configurar circunstâncias extraordinárias. No entanto, tais circunstâncias só podem ser qualificadas de extraordinárias, na aceção do artigo 5.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 261/2004, se não pudessem ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. A título exemplificativo, problemas técnicos relativos a atos de sabotagem ou terrorismo podem ser qualificados de circunstâncias extraordinárias.

Determinados problemas técnicos não constituem circunstâncias extraordinárias, como o choque de uma escada móvel de embarque contra o avião⁶² ou uma avaria/substituição de uma peça defeituosa. Se estes eventos são evitáveis e detetáveis por estarem sob o controlo efetivo da transportadora aérea, que está encarregue de fazer manutenção/fiscalização aos seus aviões, não podem exonerar as companhias da obrigação de indemnizar,

⁶² Despacho do TJUE (Quinta Secção) Sandy Siewert, Emma Siewert e Nele Siewert contra Condor Flugdienst GmbH, processo C-394/14, de 14.11.2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CO0394>.

pois embora imprevisíveis, são ocorrências inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea, que não escapam ao seu controlo efetivo.

No processo C-257/14⁶³, em relação a uma falha prematura de algumas peças de uma aeronave, o TJUE considerou que se trata de um evento imprevisível, não deixando de, porém, reconhecer que nenhuma peça permanece inalterável para sempre. Importa considerar que, no âmbito da atividade de uma transportadora aérea, esse evento imprevisível é inerente ao seu exercício normal, sendo a transportadora confrontada, regularmente, com esse tipo de imprevistos técnicos. Acresce que a prevenção dessa avaria ou a reparação, incluindo a substituição de uma peça prematuramente defeituosa, não escapam ao controlo efetivo da transportadora aérea em causa, uma vez que incumbe a esta última assegurar a manutenção e o bom funcionamento das aeronaves que a própria explora para as suas atividades económicas” (n.º 41 e 42 do processo). Não se trata, pois, de uma circunstância extraordinária para efeitos do Regulamento (CE) n.º 261/2004⁶⁴.

No mesmo sentido, o TJUE pronunciou-se a propósito de uma avaria num reator que levou ao cancelamento do voo, realçando que a circunstância extraordinária, por ser uma exceção ao direito a indemnização, deve ser objeto de uma interpretação estrita⁶⁵.

O TJUE reconheceu como circunstância extraordinária o encerramento de uma parte do espaço aéreo⁶⁶. Com efeito, “circunstâncias como o encer-

⁶³ Acórdão do TJUE (Nona Secção) Corina van der Lans contra Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, processo C-257/14, de 17.09.2015, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167942&doclang=PT>.

⁶⁴ No mesmo sentido, *vide* Acórdão do TJUE (Quarta Secção), Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon e Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (processo C-402/07) e Stefan Böck e Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (processo C-432/07), de 19.11.2009, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A62007CJ0402>.

⁶⁵ Acórdão do TJUE (Quarta Secção) Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA, processo C-549/07, de 22.12.2008, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73223&doclang=PT>.

⁶⁶ Acórdão do TJUE (Terceira Secção) Denise McDonagh contra Ryanair Ltd, processo C-12/11, de 31.01.2013, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133245&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14244388>. Note-se que a circunstância extraordinária dispensa a obrigação de indemnizar das companhias aéreas, mas não o direito a assistência.

ramento de uma parte do espaço aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull constituem «circunstâncias extraordinárias» (n.º 34), salientando que se as circunstâncias são acontecimentos que se podem prolongar no tempo.

Seguiu-se este raciocínio quanto à colisão de uma ave com um avião⁶⁷. De facto, “uma colisão entre uma aeronave e uma ave, bem como o eventual dano provocado por essa colisão, uma vez que não estão intrinsecamente ligados ao sistema de funcionamento do aparelho, não são, pela sua natureza ou pela sua origem, inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e escapam ao seu controlo efetivo” (n.º 24).

Porém, ainda que mais elucidados sobre o conceito, mantemo-nos ignorantes quanto a saber se a pandemia é uma circunstância extraordinária.

Com o objetivo de clarificar as condições de aplicação de determinadas disposições da legislação da UE em matérias de direitos de passageiros, no contexto do surto de COVID-19, a Comissão publicou um conjunto de orientações interpretativas atinentes ao Regulamento (CE) n.º 261/2004⁶⁸.

Tal como a Comissão esclarece, “o direito a assistência mantém-se apenas enquanto os passageiros tiverem de esperar por um reencaminhamento na primeira oportunidade da conveniência do passageiro” (cfr. artigo 5.º, n.º 1 alínea b) e artigo 8.º, n.º 1 alínea b)). Note-se que se o passageiro opta pelo reembolso total do custo do bilhete, perde, naturalmente, o seu direito a assistência.

Em boa verdade, numa pandemia o problema não se prende com o reencaminhamento ou assistência; não há nem o voo inicial nem voo algum para reencaminhar, não há atraso porque não há voo.

Não há direito a indemnização sempre que o cancelamento do voo se deva a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas

⁶⁷ Acórdão do TJUE (Terceira Secção) Marcela Pešková, Jiří Peška contra Travel Service a.s., processo C-315/15, de 4.05.2017, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190327&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14248744>.

⁶⁸ Comissão Europeia – Orientações para a interpretação dos regulamentos da UE em matéria de direitos dos passageiros no contexto do desenvolvimento da situação da Covid-19 (2020/C 89 I/01), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0318\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0318(04)&from=PT). Repare-se que estas orientações não abrangem a Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos.

mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. Mantém-se, não obstante, o direito a assistência. Como dissemos já, a dificuldade prende-se com o conceito de *circunstâncias extraordinárias* em si.

De acordo com a orientação interpretativa, “tal condição deve ser considerada preenchida sempre que as autoridades públicas proibem expressamente certos voos ou proibem a circulação de pessoas de uma forma que exclua, de facto, a possibilidade de o voo em questão ser operado”. Tal condição também pode ser preenchida sempre que o “cancelamento do voo ocorre em circunstâncias em que a circulação correspondente de pessoas não é totalmente proibida, mas limitada a pessoas que beneficiam de derrogações (por exemplo, nacionais ou residentes do Estado em causa)”.

Conforme vimos, Portugal e (quase) toda a Europa adotou medidas restritivas em relação às viagens em transportes aéreos.

Mais acrescentou a Comissão que “sempre que a companhia aérea decidir cancelar um voo e demonstrar que esta decisão se justificava por razões de proteção da saúde da tripulação, tal cancelamento também deve ser considerado como ficado «a dever» a circunstâncias extraordinárias”.

Resulta, portanto, que a pandemia é uma circunstância extraordinária. Por conseguinte, as companhias aéreas estão exoneradas da sua obrigação de indemnizar.

A nível nacional, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) emitiu um comunicado de imprensa, seguindo a mesma orientação. Concordando com as orientações da UE, a ANAC considerou que os cancelamentos de voos motivados por COVID-19 ou por medidas restritivas impostas pelas autoridades têm por base circunstâncias extraordinárias, destarte os passageiros não têm direito à indemnização prevista no artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 261/2004⁶⁹.

A pandemia é uma circunstância extraordinária, pelo que não há lugar a indemnização por parte da operadora.

⁶⁹ Comunicado de Imprensa 05/2020 – COVID-19 – Informação aos passageiros sobre cancelamentos de voos motivados pelo surto de COVID-19, disponível em <https://www.anac.pt/vPT/Generico/Noticias/noticias2020/Paginas/ComunicadodeImprensa052020.aspx?FrList=true&pagenr=12>.

VII. O Avião não descolou. E agora?

O surto de COVID-19 é uma ameaça grave para a saúde pública.

Face a este novo perigo, foram adotadas por toda a Europa medidas restritivas com vista à contenção da propagação do vírus. Medidas de confinamento e isolamento social de prevenção e combate ao vírus que tiveram inevitavelmente consequências na economia.

A incerteza própria da conjuntura que hoje vivemos dificulta a recuperação da conjuntura económica, em especial por estarmos perante uma nova vaga quando muitos de nós achávamos, no fim da primeira, que “o pior já passou”.

Embora as medidas restritivas tenham sido indispensáveis para abrandar a propagação do vírus, tiveram um grande peso tanto a nível social (e de saúde mental), como a nível económico.

As diretrizes da UE serviram também para mitigar os impactos económicos do surto pois, ao considerar a pandemia uma circunstância extraordinária, os passageiros não têm direito a indemnização. A alteração das regras dos *slots* atenuou o esforço financeiro das companhias. Com efeito, com o Regulamento (UE) n.º 2020/459⁷⁰, passou a prever-se que a não utilização das faixas horárias atribuídas para este período não conduz à sua perda por parte da transportadora. Assim, a companhia não tem de realizar voos vazios, os chamados voos fantasma, porque se considera ficticiamente que os voos foram realizados.

Mas tal não é suficiente para minimizar o efeito que a indústria da aviação europeia está a sofrer. A verdade é que, mesmo não havendo lugar à indemnização, os passageiros têm direito ao reembolso do valor total do bilhete.

Ao contrário do regime previsto para as viagens organizadas por agências de viagens⁷¹, que prevê a possibilidade de vales de igual valor ao pagamento efetuado, o reembolso do valor do bilhete de transporte aéreo deve ser

⁷⁰ Regulamento (UE) n.º 2020/459 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de março de 2020, que altera o Regulamento (CEE) n.º 95/93 do Conselho, relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade, que suspende temporariamente a regra dos *slots* “*use it or lose it*”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32020R0459>.

⁷¹ Ver, a este propósito, o Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de abril.

pago em numerário. A possibilidade de vale depende da concordância do passageiro. Ora, dada a debilidade da economia, o passageiro comum prefere ter o dinheiro de volta do que um vale.

Como não estão a operar normalmente, as companhias aéreas são confrontadas com um grave problema de liquidez e não conseguem fazer face aos constantes pedidos de reembolso.

Se, por um lado, as companhias não têm disponibilidade financeira para proceder aos reembolsos, por outro os passageiros têm uma expectativa legitimada em receber o reembolso em caso de cancelamento.

Portugal, juntamente com outros 11 países europeus, nomeadamente Bélgica, França, Bulgária, Chipre, Grécia, República Checa, Irlanda, Letónia, Malta, Holanda e Polónia, apelaram à Comissão Europeia, através de uma declaração conjunta, para uma alteração temporária ao Regulamento (CE) n.º 261/2004 de maneira a que sejam as companhias aéreas a escolher os meios de reembolso. Isto é, solicitam a possibilidade de atribuição de *vouchers*, independentemente da vontade do passageiro, ao invés de reembolso, dados os constrangimentos económicos causados pela pandemia. Estar-se-ia a mitigar o esforço económico das companhias e a permitir um critério comum, aplicado à escala europeia, que asseguraria um patamar adequado de proteção dos passageiros.

Apesar do duplido, numa entrevista à Agência Lusa⁷² a Comissária Europeia dos Transportes, Adina Valean, recomendou apenas que as companhias criassem *vouchers* mais atrativos, para que o passageiro opte intuitivamente pelo *voucher* e não pelo reembolso. Primando a expectativa do consumidor por uma certa proteção aquando da compra de um bilhete, a Comissária sugere a criação de *vouchers* particularmente vantajosos para que o passageiro não exija o reembolso.

Em maio, numa conferência de imprensa sobre o pacote de recomendações para o levantamento das restrições de viagens, a Vice-Presidente executiva da Comissão Europeia, Margrethe Vestager, admitiu a possibilidade de abertura de processos de infração pela desconformidade com o Regulamento, advogando pelo direito do passageiro a obter o reembolso.

⁷² Disponível em https://www.lusa.pt/article/81Xmy_upTEl2oNrTSU1izzMSZM5iuSII/covid-19-ue-n%C3%A3o-muda-regras-apesar-de-portugal-pedir-vouchers-para-passageiros.

Não cremos que as companhias possam responder à reivindicação do consumidor.

Não se trata de um esforço económico, parece-nos que se trata antes de uma impossibilidade fática.

União Europeia, que futuro para o setor da aviação?

Sensibilidade e Bom Senso – Comentário ao Acórdão do TJUE no caso Orange (Processo C-61/19), relativo aos requisitos do consentimento para tratamento de dados pessoais

PAULA RIBEIRO ALVES¹

1. Introdução; 2. Quadro jurídico; 3. Análise da matéria de facto; 4. “Li e concordo” com quê?; 5. Caso Orange vs. Caso Planet 49; 6. Ato positivo claro; 7. Decisão do Tribunal; 8. Colonização e proteção de dados; 9. Conclusões.

1. Introdução

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) proferiu, em 11 de novembro de 2020, um acórdão² sobre os requisitos do consentimento para tratamento de dados pessoais, manifestado no âmbito da celebração de um contrato relativo à prestação de serviços de telecomunicações móveis.

O Processo C-61/19 refere-se a um pedido de decisão prejudicial que tem por objeto a interpretação do artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva)³, bem como

¹ Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora no NOVA Consumer Lab e no CEDIS da NOVA School of Law. No âmbito do PhD multidisciplinar em Global Studies da Universidade Nova de Lisboa, estuda inteligência artificial/big data e privacidade/proteção de dados.

² Disponível *online*, em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-61/19&language=PT>, consultado em 23/11/2020.

³ 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 (JO L 281 de 23.11.1995, p. 31), transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (LPD).

do artigo 4.º, ponto 11, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁴, também relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga aquela Diretiva.

É apresentado pelo Tribunal Regional de Bucareste⁵, numa ação judicial intentada pela Orange⁶ contra a Autoridade Nacional para a Supervisão do Processamento de Dados Pessoais da Roménia⁷, em recurso com vista a obter a anulação de uma decisão através da qual a ANR aplicou à Orange uma coima por ter recolhido e conservado cópias de títulos de identidade dos seus clientes sem o consentimento válido destes e lhe ordenou que destruísse essas cópias.

2. Quadro jurídico

No que diz respeito ao quadro jurídico europeu, o Tribunal tem em conta tanto a Diretiva, como o RGPD, por considerar que ambos são aplicáveis “aos factos em causa no processo principal”⁸.

Nos Pontos 29 e 30 do Acórdão e em relação à Diretiva, o Tribunal explica que “com efeitos a 25 de maio de 2018, a Diretiva 95/46 foi revogada e substituída pelo Regulamento 2016/679, por força do artigo 94.º, n.º 1, e do artigo 99.º, n.º 2, deste regulamento. Portanto, tendo a Decisão da ANSPDCP em causa no processo principal sido adotada em 28 de março de 2018 e, por conseguinte, anteriormente a 25 de maio de 2018, o órgão jurisdicional de reenvio entende, acertadamente, que a Diretiva 95/46 se aplica *ratione temporis* ao litígio no processo principal”.

⁴ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO 2016, L 119, p. 1), disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>, consultado em 23/11/2020.

⁵ Por Decisão de 14 de novembro de 2018 e que deu entrada no Tribunal de Justiça, em 29 de janeiro de 2019.

⁶ A Orange România SA, adiante designada por Orange.

⁷ A Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), adiante designada por ANR.

⁸ Cfr. Ponto 28.

No Ponto 31 e em relação ao RGPD, o TJUE acrescenta: “dito isto, resulta igualmente dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que, através da sua decisão, a ANSPDCP não só aplicou uma coima à Orange România, como lhe ordenou igualmente que destruísse as cópias dos títulos de identidade em causa, e que o litígio no processo principal tem igualmente por objeto esta última injunção. Ora, dado que nenhum elemento desses autos indica que tenha sido dado seguimento à referida injunção antes de 25 de maio de 2018, não está excluído que, no caso vertente, o Regulamento 2016/679 seja aplicável *ratione temporis* no que à mesma diz respeito”.

O Tribunal procedeu, pois, à análise das questões à luz de ambos os diplomas.

Fez bem, embora fosse quase desnecessário já que substancialmente os regimes são muito parecidos, o que é bem ilustrado pela redação dos preceitos em causa. No que diz respeito a princípios e direitos – o coração do regime – mantiveram-se, no essencial, os já consagrados na Diretiva, que o RGPD explicitou. Com a exceção do direito de portabilidade dos dados, criado de novo, diretamente ligado à evolução tecnológica que tornou corrente a possibilidade de ligação direta entre sistemas informáticos e pensado especialmente para a área das comunicações.

É curioso que a generalizada despreocupação com a proteção de dados, no âmbito da Diretiva, transposta para a ordens jurídicas europeias, no caso de Portugal pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (LPD), deu lugar a uma espécie de obsessão após o RGPD se ter tornado “aplicável, a partir de 25 de maio de 2018”. A proteção de dados tornou-se praticamente ubíqua.

A febre de efetivação do previsto no RGPD, como se fosse novo, não se iniciou sequer com a entrada em vigor do diploma que, com clareza, estabelecia no seu artigo 99.º, n.º 1, que “o presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*”, publicação essa que ocorreu em 4 de maio de 2016, acrescentando o n.º 2 que “o presente regulamento é aplicável a partir de 25 de maio de 2018”.

Ao legislador europeu, exausto de anos de negociações, pareceu prudente a rápida entrada em vigor do diploma, sendo a sua aplicação suspensa durante dois anos, provavelmente para dar tempo a que a estrutura burocrática que criou pudesse ser efetivada. O que não aconteceu. Em geral, proclamou-se

que o diploma entrava em vigor em 25 de maio de 2018 e ficou-se calmamente à espera que a data chegasse. Em Portugal esperou-se mais, já que foi necessário outro ano para ser aprovada, a 8 de agosto, a Lei n.º 58/2019, que “assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento”.

Seguidamente, a Autoridade Nacional responsável pela proteção de dados, na sua Deliberação/2019/494, de 23 de setembro⁹, veio fixar o entendimento de que “determinadas normas desta lei são manifestamente incompatíveis com o direito da União(...)” e deliberar que “(...) desaplicará em casos futuros que venha a apreciar (...)” as disposições que elencou.

Considerando aplicáveis a Diretiva e o RGPD, a interpretação do Tribunal abrangeu a definição de consentimento e os seus requisitos em cada um dos diplomas.

Quanto à Diretiva, a norma objeto de interpretação está no artigo 2.º, alínea h), que prevê que, para efeitos desta, entende-se por “consentimento da pessoa em causa: qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹⁰.

Quanto ao RGPD, a norma objeto de interpretação está no artigo 4.º, ponto 11, do referido regulamento, que estabelece o “consentimento” do titular dos dados como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹¹.

3. Análise da matéria de facto

Como já foi referido, o pedido foi apresentado no âmbito de uma ação intentada pela Orange, empresa que fornece serviços de telecomunicações móveis no mercado romeno, contra a ANR, “a propósito de um recurso destinado a obter a anulação de uma decisão através da qual esta última

⁹ Deliberação da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), disponível *online* em https://www.cnpd.pt/home/decisoies/Delib/DEL_2019_494.pdf, consultado em 23/11/2020.

¹⁰ O Acórdão elencou, ainda, o considerando 38, o artigo 6.º, o artigo 7.º, alínea a) e o artigo 10.º.

¹¹ O Acórdão elencou ainda os considerandos 32 e 42, os artigos 5.º, 7.º e 13.º, n.ºs 1 e 2.

aplicou à Orange România uma coima por ter recolhido e conservado cópias de títulos de identidade dos seus clientes sem o consentimento válido destes e lhe ordenou que destruísse essas cópias”¹².

Do Acórdão são, ainda, especialmente relevantes os Pontos 22, 25, 43 e 45, destacando-se, também, os Pontos 14, 16 e 18 das conclusões do Advogado-Geral (AG)¹³.

Não consta expressamente do texto do Acórdão, nem das conclusões do AG, informação explícita sobre se os contratos em causa foram celebrados na presença física e simultânea das partes, ou à distância, e se os contratos e as cópias dos documentos de identificação foram feitos em suporte de papel ou em suporte digital.

No entanto, a referência a que a empresa de fornecimento de serviços de telecomunicações móveis tinha “celebrado por escrito” os contratos com pessoas singulares e que “as cópias dos títulos de identidade dessas pessoas eram anexadas a esses contratos” aponta para que a celebração do contrato tenha sido feita presencialmente e em suporte de papel. Nesse sentido aponta, também, a ordem dada pela Autoridade à Orange para que “destruísse essas cópias”. Caso se tratasse de cópias digitais, seria mais provável uma ordem no sentido de que as cópias fossem apagadas, já que é o modo usual de destruição de ficheiros *online*. Destruir, neste contexto, aponta para uma destruição física de cópias de documentos em papel, anexadas a contratos, também em papel.

Para esta conclusão concorrem ainda dois outros factos, nomeadamente o de se referir a existência, a dada altura, de uma informação e consentimento verbal anterior a uma assinatura¹⁴ e o de os clientes que não aceitassem facultar cópia dos seus documentos de identificação serem convidados a assinar um formulário de onde constaria essa recusa, não lhes sendo recusada a celebração do contrato¹⁵.

O Acórdão, na apresentação dos factos relevantes para a decisão que vai ser proferida, refere ainda no Ponto 23 que “as cláusulas pertinentes dos

¹² Cfr. Pontos 1 e 2 do Acórdão.

¹³ Disponíveis *online* em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-61/19&language=PT>, consultado em 23/11/2020.

¹⁴ Cfr. Ponto 43 do Acórdão.

¹⁵ Cfr. Ponto 25 do Acórdão.

contratos em questão estavam redigidas da seguinte forma:” e enuncia o elenco de declarações do cliente¹⁶.

A redação desta denominada “cláusula” é interessante e bastante elucidativa do modo como vão correndo os processos negociais e como vão sendo inseridas, sob a forma de novos itens declarativos, as declarações que diversa legislação vai exigindo que sejam prestadas.

No caso em apreço, a análise e decisão do Tribunal incide, concretamente, sobre o ponto iii), 2.º travessão. A tradução para “atos” daquilo que na versão inglesa são “documents”¹⁷ não será a mais indicada¹⁸. Vamos, pois, assumir que, onde se lê “atos”, deve ler-se “documentos”.

Sendo assim, o Tribunal vai pronunciar-se sobre os seguintes dizeres, inseridos no contrato que o cliente vem a assinar: “o cliente declara o seguinte: iii) foi informado e deu o seu consentimento no que respeita: – à conservação de cópias dos (atos) documentos que contenham dados pessoais para fins de identificação”.

¹⁶ Versão integral do Ponto 23 do Acórdão: “As cláusulas pertinentes dos contratos em questão estavam redigidas da seguinte forma: «– O cliente declara o seguinte: i) foi informado, antes da conclusão do contrato, do plano tarifário escolhido, das tarifas aplicáveis, da duração mínima do contrato, das condições nas quais este chega ao termo, das condições de acesso aos serviços e da utilização destes, incluindo no que respeita às zonas de cobertura dos serviços, [...]; ii) A Orange România pôs à disposição do cliente todas as informações necessárias para que este pudesse exprimir um consentimento não viciado, expresso, livre e específico no que diz respeito à celebração do contrato e ao compromisso expresso a este relativo, incluindo toda a documentação contratual – as condições gerais da utilização dos serviços da Orange e a brochura sobre as tarifas e serviços; iii) foi informado e deu o seu consentimento no que respeita: – ao tratamento dos dados pessoais para os fins previstos no artigo 1.15 das condições gerais pela utilização dos serviços da Orange; – à conservação de cópias dos atos que contenham dados pessoais para fins de identificação; – ao acordo para o tratamento de dados pessoais (número de contacto, correio eletrónico) para fins de marketing direto; – ao acordo para o tratamento de dados pessoais (número de contacto, correio eletrónico) para fins de realização de estudos de mercado; – após leitura, dou o meu acordo expresso à conservação de cópias dos atos que contenham dados pessoais sobre o estado de saúde; – não incluir os dados mencionados no artigo 1.15, n.º 10, das condições gerais para a utilização dos serviços da Orange nos serviços de informação sobre os assinantes e os anuários»”.

¹⁷ Na versão inglesa: “the storage of copies of documents containing personal data for identification purposes”.

¹⁸ No Ponto 22 acima referido, “identity documents” foi traduzido por “títulos de identidade” o que, não sendo o melhor, ainda poderá ser aceitável e compreensível. Já “atos”, neste contexto, não é tradução aceitável de “documents”.

Saliente-se que, no 1.º travessão, o cliente já havia declarado que foi informado e deu o seu consentimento “ao tratamento dos dados pessoais para os fins previstos no artigo 1.15 das condições gerais pela utilização dos serviços da Orange”, fins esses que se desconhecem.

Embora o Tribunal não se dedique à análise de outros itens da cláusula que transcreve, já que a questão prejudicial que lhe era colocada era focada e direta, vale a pena mencionar, pelo menos, o admirável ponto iii), 5.º travessão que, a ser considerado, poderia ter arrumado pela base toda a questão.

Atente-se que, tal como nos restantes travessões, o cliente declara “que foi informado e deu o seu consentimento” à série de coisas aí listadas. No entanto, o 5.º travessão refere-se a dados sobre o estado de saúde que, por serem considerados particularmente sensíveis, constituem uma categoria especial de dados¹⁹. Então, dir-se-ia que, à cautela, a Orange escreveu assim este item declarativo dos seus potenciais e futuros clientes “após leitura, dou o meu acordo expresso à conservação de cópias dos atos²⁰ que contenham dados pessoais sobre o estado de saúde”.

Ora, perante tal afirmação, dir-se-ia que se aqui o consentimento foi dado, “após leitura” e através de “acordo expresso”, parece legítimo admitir, *a contrario*, que o consentimento em relação aos outros itens da lista terá sido dado sem ler e sem ser expresso um acordo. O que faria dele automaticamente um consentimento insuficiente. Tendo o consentimento de ser uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco” o tratamento dos seus dados pessoais, a ser levada a sério a declaração deste 5.º travessão, inquinados estariam todos os consentimentos, pelo menos do ponto iii). Dados sem ler não seriam informados, dados sem acordo expresso não seriam uma declaração ou ato positivo inequívoco, nem seriam explícitos, livres e específicos.

O que teria como consequência que, de uma assentada, exceto eventualmente o do travessão 5.º, os consentimentos (des)cuidadosamente elencados no ponto iii) para tratamento de dados pessoais seriam todos insuficientes para trazer licitude a esse tratamento. O que tornaria o tratamento ilícito, a não ser que existisse outra fonte de licitude, que não o consentimento.

¹⁹ Cfr. artigo 9.º do RGPD.

²⁰ Leia-se, também aqui, em vez de “atos”, “documentos”.

4. “Li e concordo” com quê?

O RGPD veio agravar um fenómeno generalizado que consiste na elaboração de listas de declarações que correspondem ao que a diversa legislação vai tornando obrigatório declarar e provar e que, desse modo, se vai convenientemente declarando e provando.

Na prática, o resultado é a inserção nos formulários subjacentes aos contratos, sejam celebrados com a presença física e simultânea das partes, ou à distância, de uma lista de declarações que a contraparte cliente assinala e subscreve, ficando o assunto ultrapassado com uma ficção²¹ de manifestação de vontade que o mundo jurídico e o mundo em geral vão aceitando²². Não sem protestos, alguns veementes, diga-se em abono da verdade²³.

São declarações de “Li e concordo”, quando se sabe que, em regra, o que preenche quadriculas ou assina por baixo não leu²⁴ e que, se lesse e não concordasse, não teria margem para discutir o conteúdo do contrato, o que, por si só, tenderia a originar um grau de diligência baixo²⁵.

²¹ Cfr. OMRI BEN-SHAHAR, “The Myth of the ‘Opportunity to Read’”, in John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 415, 2008, pp.1-43-, p. 1, onde afirma: “real people don’t read standard form contracts. (...) Of course, the pragmatic reality of “unreadness” is widely recognized. Still, it is surprising how deep the unwillingness of contracts commentators to reconcile with this reality is. Rather, it is now a standard view to confront the unreadness reality with – 2 – myths, fictions, and presumptions, all intended to preserve a conceptual apparatus that fits a world in which transactors know all the terms”.

²² Estas declarações, embora diferentes das típicas cláusulas contratuais, são inseridas no conjunto que é apresentado como “o contrato”. Sendo pré-elaboradas e, em regra, insuscetíveis de alteração do seu conteúdo por negociação, poderão ser qualificadas como cláusulas contratuais gerais, sujeitando-se, nesse caso, ao correspondente e exigente regime jurídico nacional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Cfr., sobre o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, e por todos, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª Edição, Almedina, 2020, pp. 121 e ss.

²³ Cfr., por todos, MARGARIDA LIMA REGO, “Manifesto Contra a Subversão do Contrato”, in *Revista de Direito Comercial*, 2019, 31-73.

²⁴ Cfr. YANNIS BAKOS, FLORENCIA MAROTTA-WURGLER, DAVID R. TROSSEN, “Does Anyone Read the Fine Print?”, in *Journal of Legal Studies*, Vol. 43, No. 1, 2014, 1-47.

²⁵ Cfr., a título de exemplo, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010, p. 48.

Está demonstrado que a leitura dos clausulados seria um desastre do ponto de vista económico, dado o custo que acarretaria²⁶ e quase impossível do ponto de vista da economia comportamental, dado o modo como o cérebro toma decisões²⁷. É, ainda, irrealista por não ter em consideração como efetivamente a vida decorre²⁸ e a crescente proliferação de contratos²⁹.

Como se viu, o Acórdão em análise, embora transcrevendo toda a parte do formulário em que constava a lista das declarações, denominando-as “clausulas pertinentes”, só considerou realmente pertinente a do ponto iii), travessão 2.º, já que era a que se relacionava diretamente com as questões prejudiciais colocadas.

Analisando o caso nos termos em que as questões prejudiciais lhe eram colocadas, dedicou-se aos requisitos do consentimento constantes das definições, tanto da Diretiva, como do RGPD e, nessa análise, socorreu-se bastante da decisão do anterior e famoso caso Planet 49, em que o que estava em causa era a existência de uma opção pré-validada num formulário *online*.

Vamos, de seguida, procurar demonstrar que os dois casos têm pouco ou nada em comum.

²⁶ Cfr. ALEECIA M. McDONALD, LORRIE FAITH CRANOR, “The Cost of Reading Privacy Policies”, in *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, pp. 1-22, p. 19. Concluem, do estudo que fazem, o seguinte: “we estimate that reading privacy policies carries costs in time of approximately 201 hours a year, worth about \$3,534 annually per American Internet user. Nationally, if Americans were to read online privacy policies word-for-word, we estimate the value of time lost as about \$781 billion annually”.

²⁷ Cfr., por todos, DANIEL KAHNEMAN, *Pensar Depressa e Devagar*, Temas e Debates, 4.ª Edição, Círculo de Leitores, 2013.

²⁸ Cfr., a título de exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral*, 2007, p. 595, em que refere que “a realidade decorre de modo diferente: os negócios formam-se e executam-se a um ritmo de todo incompatível com um esquema negocial que faculte aos intervenientes um consciente exercício das suas liberdades de celebração e de estipulação”.

²⁹ Cfr. MARGARET JANE RADIN, “The Deformation of Contract in the Information Society”, *Forthcoming in Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 16-034, 2017, 1-46.

5. Caso Orange vs. Caso Planet 49

O Acórdão C-61/19 faz referência extensa, para justificar as suas decisões sobre o não preenchimento dos requisitos necessários a um consentimento válido, nos termos da regulamentação da proteção de dados, ao Acórdão C-673/17³⁰, de 1 de outubro de 2019, que decidiu sobre o que ficou conhecido como Caso Planet 49.

Esta decisão é de grande relevância no que ao consentimento diz respeito, já que veio clarificar que, num contrato celebrado *online*, a existência de opções pré-validadas, indicando concordância com o conteúdo das declarações a que se referiam, não significariam a existência de consentimento do cliente que não as desmarcasse. Isto é, veio esclarecer a questão sobre se seria suficiente, como manifestação de vontade, não ter o cliente tido a vontade que o levasse ao comportamento ativo de remover as suas declarações previamente assinaladas por outrem. Esta conclusão, embora parecesse bastante óbvia, não tinha impedido que o expediente de pré-validação fosse usado, abusado e defendido com argumentos bastante criativos, ganhando-se com a clarificação jurisdicional.

Porém, embora o caso Planet 49 seja chamado à colação com frequência na discussão e decisão deste caso Orange, tal não se parece justificar.

Em ambos os casos, uma pequena parte da decisão diz respeito a algo semelhante, mas não igual, que é a existência de um “heteropreenchimento” da declaração, o que é o mesmo que dizer, a existência de um preenchimento da declaração de uma parte pela outra parte. O formulário de adesão no momento em que é concluído o contrato apresenta previamente preenchida pelo “vendedor/prestador” a quadrícula correspondente a declaração do cliente. A semelhança, porém, parece acabar aqui.

No Acórdão Planet 49, em que a empresa organizou um jogo promocional no seu sítio da Internet onde se inscreviam os que pretendiam participar, existia uma quadrícula de seleção relativa à instalação de *cookies* para recolha de dados pessoais que “estava pré-validada”. O que significa que o formulário *online* já trazia a declaração “Concordo” preenchida³¹. Decidiu o Tribunal que “um consentimento dado através de uma opção pré-validada

³⁰ Refere-se-lhe, também, para justificar a análise, tanto à luz da Diretiva 65/96, como do RGD.

³¹ Cfr. Ponto 27 do Acórdão do caso Planet 49.

não implica um comportamento ativo por parte do utilizador de um sítio Internet.”³².

Diferente parece ser a situação no caso Orange, em que esta alegou que existiria um processo negocial, com base num guião, em que intervinham diretamente os “agentes de venda” que, antes da celebração do contrato, informavam os clientes “designadamente sobre as finalidades da recolha e da conservação das cópias dos títulos de identidade, bem como sobre a escolha de que os clientes dispõem quanto a essa recolha e a essa conservação, antes de obterem oralmente o consentimento desses clientes para que se proceda a essa recolha e a essa conservação. Segundo a Orange România, a opção relativa à conservação das cópias de títulos de identidade era, assim, validada unicamente com base no acordo livremente expresso nesse sentido pelos interessados aquando da celebração do contrato”³³.

Isto é, no âmbito da dinâmica da venda que, como foi referido anteriormente, parece ocorrer na presença física e simultânea das partes, o vendedor faculta detalhadamente informação pré-contratual relativa à possibilidade de o cliente autorizar ou não a recolha e conservação de cópia do seu documento de identificação e recolhe oralmente essa autorização ou a sua recusa. O vendedor, no caso de haver autorização/consentimento do cliente, com base na declaração verbal, expressa, específica e, ao que parece, informada daquele, inseriria a validação na quadrícula respetiva. Ora, a ser esta a circunstância, dir-se-ia que o fazia a pedido/em nome/em representação do cliente que, num segundo momento que é referido, o da assinatura, ainda teria a possibilidade de revogar a autorização verbal anteriormente dada, sob a forma de sinal declarativo em quadrícula respetiva, riscando-a, ou, sendo *online*, o que não parece, “desclikando-a”.

Portanto, ao contrário do caso Acórdão Planet 49, a opção não vinha pré-validada. O formulário seria preenchido, é certo que pelo “agente de venda”, de acordo com a manifestação do consentimento verbal do cliente. O que, não sendo conhecidas discrepâncias entre o que era declarado e o que era preenchido, reduz esta questão à prova da declaração verbal de consentimento³⁴.

³² Cfr. Ponto 52 do Acórdão do caso Planet 49.

³³ Cfr. Ponto 43 do Acórdão do caso Orange.

³⁴ Prova essa que poderia, simplesmente, ser realizada através de todos os meios de prova juridicamente admissíveis.

Como refere o TJUE na sua decisão³⁵, cabe ao Tribunal romeno a recolha de elementos e da prova que forem necessários.

Conclui-se, portanto, que no caso Orange, ao contrário do que acontecia no caso Planet 29, não estava realmente em causa a existência de uma opção pré-validada pela empresa que o cliente precisasse de desmarcar para retirar o seu consentimento.

6. Ato positivo claro

Tendo a análise da licitude do tratamento sido feita no pressuposto de que o fundamento para o tratamento teria sido o consentimento (artigo 7.º, alínea a) da Diretiva³⁶ e artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD³⁷), impunha-se ao Tribunal considerar a declaração verbal de consentimento referida na descrição dos factos como potencialmente válida, já que cumpriria os requisitos exigidos pelo Direito da UE. Após enunciação dos requisitos, o Considerando 32 do RGPD até acrescenta “como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral”.

O RGPD, num ato positivo claro do legislador, no exercício da sua vontade regulatória livre, específica, informada e intencionalmente inequívoca, incluiu as declarações orais nos exemplos de declarações de consentimento admissíveis. Não podia, pois, o Tribunal, ao interpretar/aplicar a legislação que refere, ignorar este facto fulcral à decisão.

Acresce que, mesmo que não tivesse existido essa declaração verbal – dando ou recusando o consentimento, com diferentes consequências, nomeadamente o preenchimento de formulário suplementar em caso de recusa³⁸,

³⁵ Cfr. Pontos 47 a 49 do Acórdão do caso Orange.

³⁶ Cfr. artigo 7.º, alínea a) da Diretiva: “Os Estados Membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se: a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento [...]”.

³⁷ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD: “o tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas”.

³⁸ Cfr. Ponto 45: “a este respeito, resulta das indicações que figuram nesse pedido que, apesar de os contratos conterem uma cláusula segundo a qual os clientes em causa foram

mas sem que a celebração do contrato fosse afetada –, o que está em causa neste Acórdão são “cópias” de documento de identificação.

Ora, estando o documento de identificação na posse do titular dos dados, para que a Orange pudesse ter anexado aos contratos cópias dos documentos de identificação dos clientes que a eles aderiram é necessário que os próprios as tivessem facultado, quer entregando a própria cópia, quer entregando o original do documento para que a Orange fizesse a cópia do mesmo e, depois, a anexasse ao contrato. Exclui-se a possibilidade de apropriação pela força ou coação, já que nada indica que tal possa ter ocorrido³⁹. Aliás, a Orange aceitava a recusa do cliente em facultar a cópia do documento de identificação, recusa essa que não condicionava a celebração do contrato⁴⁰.

Assim sendo, não se vê como é que a entrega voluntária do documento de identificação para ser copiado, ou da própria cópia do mesmo, poderá não

informados e deram o seu consentimento para a conservação de uma cópia do seu título de identidade para efeitos de identificação, a opção relativa a essa cláusula já tinha sido validada pelos agentes de venda da Orange România antes de esses clientes procederem à assinatura de aceitação de todas as cláusulas contratuais, a saber, tanto a referida cláusula como outras cláusulas não ligadas à proteção de dados. É ainda indicado no referido pedido que, sem que os contratos em causa no processo principal o precisem, a Orange România aceitava celebrar esses contratos com clientes que recusassem dar o seu consentimento à conservação de uma cópia do seu título de identidade, exigindo porém que, nesse caso, esses clientes assinassem um formulário específico onde fique registada a sua recusa”.

³⁹ Cfr. Ponto 22, que contém a informação de que “nessa decisão, a ANSPDCP salientou que, durante o período compreendido entre 1 e 26 de março de 2018, a Orange România tinha celebrado por escrito contratos de fornecimento de serviços de telecomunicação móvel com pessoas singulares e que as cópias dos títulos de identidade dessas pessoas eram anexadas a esses contratos. Segundo a ANSPDCP, a Orange não fez prova de que os seus clientes, a cujos contratos estavam anexadas cópias dos respetivos títulos de identidade, tinham dado o seu consentimento válido relativamente à recolha e à conservação dos seus títulos de identidade”.

⁴⁰ Cfr. Ponto 25: “segundo foi apurado pelo órgão jurisdicional de reenvio, existem, por um lado, contratos nos quais foi inserida uma cruz na opção relativa à cláusula respeitante à conservação das cópias dos atos que contêm dados pessoais para fins de identificação e, por outro, contratos nos quais essa cruz não existe. Esse órgão jurisdicional precisa que, não obstante as indicações que figuram nas suas condições gerais de venda, a Orange România não se recusou a celebrar os contratos de adesão com os clientes que se recusaram dar o seu consentimento para a conservação da cópia de um dos respetivos títulos de identidade. O referido órgão jurisdicional salienta ainda que os «procedimentos internos» de venda da Orange România previam que essa recusa devia ser documentada num formulário específico, a assinar por esses clientes antes da celebração do contrato”.

ser entendida como “um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, (...)”⁴¹, isto é, consente na recolha e conservação daquela cópia.

Como não se vê que a assinatura do contrato, ao qual está anexa a tal cópia, possa ser entendida doutro modo que não um “ato positivo claro” que indica uma manifestação de vontade de que aquela cópia fique junta ao contrato.

O mesmo se diga no caso de haver recusa em facultar a cópia, já que nessa situação o cliente assinaria, além do contrato com a declaração de recusa, um formulário suplementar a esse respeito. Pena é que não se tenha conhecimento do conteúdo desse formulário, que poderia ajudar a compreender melhor a situação, nomeadamente a saber a razão da necessidade da cópia e as eventuais limitações ao contrato que a sua falta poderia determinar.

Pode, por exemplo, pensar-se se a necessidade da cópia do documento de identificação não poderia estar relacionada com o exercício do novo direito de portabilidade dos dados, inexistente na Diretiva e consagrado no artigo 20.º do RGPD, conhecido na sua formulação final desde maio de 2016. Parece razoável admitir que, tendo sido consagrado o direito de o cliente, ao pretender mudar de operador, poder exigir que os seus “(...) dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento (...)”, o operador que esteja a celebrar o contrato tenha o cuidado de solicitar um comprovativo dos dados pessoais relativos à identificação que, posteriormente, transmitirá a terceiros a pedido do próprio titular dos dados. Esse cuidado terá especial relevância na celebração do primeiro contrato, já que a partir daí os dados pessoais podem e devem ser transmitidos entre operadores⁴².

De qualquer modo, fosse qual fosse a razão subjacente ao pedido que a Orange fazia aos seus clientes, no sentido de que lhe facultassem cópia de um documento de identificação, estes tinham possibilidade efetiva de aceitar ou recusar. Aceitando, por três vezes manifestavam o seu consentimento, primeiro verbalmente, depois entregando a cópia ou o original para ser

⁴¹ Cfr. Considerando 32.

⁴² Tanto mais que a gênese deste direito se encontra muito ligada à vontade dos consumidores mudarem de operador de comunicações móveis, com o mínimo de limitações e incómodos.

copiado, por fim assinando o contrato que incluía a declaração. Recusando, ficaria registada a sua recusa, seria solicitada a assinatura de um formulário suplementar, não seria recusada a celebração do contrato.

É curioso verificar que o que preocupou a ANR, o Tribunal da Roménia, o AG e o TJUE não foi sequer a questão dos dados e o seu tratamento, mas o suporte dos dados. Isto é, do que aqui se trata não é dos dados relativos à identidade dos candidatos a clientes, aliás, objeto de um consentimento autónomo no 1.º travessão. O que parece importar neste caso é o papel, “a cópia” do documento de identidade. Isto é, não está em causa o dado pessoal em si, está em causa o suporte duradouro desse dado. Aparentemente, sendo digital, estando os dados inseridos no sistema informático da Orange, o suporte em que são recolhidos e ficam conservados não parece levantar problemas. Já uma cópia em papel do documento que contém e comprova esses dados é problemática.

Segundo os factos relatados no Acórdão e a “cláusula” declarativa iii), neste caso existiriam dois consentimentos distintos em relação aos mesmos dados, a saber, o consentimento relativo ao registo e conservação dos dados de identificação no sistema informático, constante do 1.º travessão, e o consentimento relativo à recolha e conservação do comprovativo destes dados, consubstanciado na cópia, tudo indica que em papel, do documento de identificação do cliente, constante do 2.º travessão. Só este parece ter levantado questões.

No que diz respeito à prova, parece difícil não admitir que é prova de consentimento suficiente o facto de os contratos terem anexas as respetivas cópias dos documentos, facultadas pelos clientes a quem foram solicitadas. Os clientes manifestaram, com essa entrega, a sua vontade de consentir, através de um ato positivo, expresso, explícito, específico e, segundo os factos enunciados, informado, a recolha e conservação de cópia de documento de identidade.

Ora, nada disto parece ter ocorrido nem ao AG, nem ao próprio Tribunal. Factos que decorrem da natureza das coisas, factos que são consequência necessária dos factos enunciados, tanto nas conclusões do AG, como no Acórdão do Tribunal, não são considerados, nem sequer enunciados. Ambos, o AG e o TJUE, estavam demasiado focados num aspeto que já tinham tratado no caso Planet 49. De tal modo que não puderam ver que, embora em ambos os casos houvesse uma opção pré-validada, as situações eram completamente diferentes.

Conclui-se, portanto, que no caso Orange houve consentimento suficiente dos clientes, por três vezes repetido, para que fossem recolhidas e conservadas cópias dos seus títulos de identidade. Os que recusaram livremente o seu consentimento, reafirmaram essa recusa num formulário que assinaram, o que não os impediu de concluir o contrato.

7. Decisão do Tribunal

Decide o Tribunal, após estabelecer que cabe ao responsável pelo tratamento dos dados o ónus da prova do preenchimento dos requisitos do consentimento, o seguinte: “um contrato relativo ao fornecimento de serviços de telecomunicações que contém uma cláusula segundo a qual a pessoa em causa foi informada e deu o seu consentimento para a recolha e a conservação de uma cópia do seu título de identidade para fins de identificação não é suscetível de demonstrar que essa pessoa deu validamente o seu consentimento, na aceção destas disposições, para essa recolha e para essa conservação, quando

- a opção relativa a essa cláusula foi validada pelo responsável pelo tratamento dos dados antes da assinatura desse contrato ou, quando
- as estipulações contratuais do referido contrato são suscetíveis de induzir a pessoa em causa em erro quanto à possibilidade de celebrar o contrato em questão mesmo que se recuse a autorizar o tratamento dos seus dados, ou quando
- a livre escolha de se opor a essa recolha e a essa conservação é afetada indevidamente por esse responsável, ao exigir que a pessoa em causa, a fim de se recusar a dar o seu consentimento, preencha um formulário suplementar onde fique registada essa recusa”.

Pouco há a dizer em relação a esta decisão. Estaria bem se os factos fossem consentâneos.

Quando o TJUE, seguindo de perto as conclusões do AG, aceita analisar o caso que lhe é apresentado no pressuposto da existência de uma opção pré-validada que inquina o consentimento, pouco mais poderá fazer que torcer a realidade de modo a que caiba num molde que não é o seu.

No caso Orange, se de consentimento no âmbito do tratamento de dados (recolha e conservação) se tratasse, um consentimento suficiente parece ter existido e estar provado. Existiu, pelo menos, uma manifestação de vontade “expressa livremente” e “específica e informada” dos clientes que entregaram, através de um “ato positivo inequívoco”, a cópia que lhes era pedida.

No entanto, não é isento de dúvidas que a questão de fundo fosse, sequer, do âmbito da proteção de dados e não simplesmente de âmbito contratual.

Sendo do âmbito da proteção de dados, parece que existe bastante confusão em torno do “consentimento” e daquilo a que se chama a sua “validade”, expressão tipicamente ligada às declarações de vontade propriamente contratuais. Na realidade, a questão não será de validade⁴³, mas sim de suficiência. Trata-se do preenchimento dos requisitos necessários a que um tratamento de dados, em regra ilícito, passe a lícito. Depois, há ainda a questão da prova da condição de licitude.

No Caso Orange será, ainda, de ponderar se a licitude do tratamento, por ser “necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados”⁴⁴, não seria um fundamento mais adequado que o consentimento para a justificação da recolha e conservação da cópia de documento de identificação do cliente.

8. Colonização e proteção de dados

O RGPD, atrasado por anos de negociações e concessões, chegou essencialmente redundante e desadequado a uma realidade que, já se sabia, era e seria substancialmente diferente daquela para a qual foi sendo elaborado. No essencial, e para evitar discrepâncias nacionais na transposição da Diretiva, a União Europeia transformou-a em Regulamento. As regras da Diretiva, em 1995, eram ousadas e poderiam ter sido aplicadas ao que veio

⁴³ Embora as próprias “Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679”, do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, não prescindam totalmente do uso da expressão.

⁴⁴ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD, correspondente ao artigo 7.º, alínea b) da Diretiva.

a ser o futuro⁴⁵. Em 2016/2018, o RGPD, materialmente, pouco acrescentou e não servia bem até ao que já era passado.

Há que frisar que se considera que, quer a regulamentação, quer a própria União Europeia, não deixa de ser uma espécie de milagre, unindo quase três dezenas de Estados, com culturas e legislações muitíssimo diferentes, em caminhos e objetivos comuns. Isto é de extrema importância. No entanto, não pode isentar de discussão a legislação e jurisprudência que é produzida, tanto mais que é da análise crítica construtiva que surgem novas abordagens e soluções.

No caso do RGPD, é replicado o regime substancial da Diretiva 95/46, consagrando no essencial os mesmos princípios, direitos e causas de licitude de tratamento de dados⁴⁶. Este Regulamento captou a atenção global, principalmente devido às sanções astronómicas que prevê e a uma vocação tendencialmente universal, resultante do âmbito de aplicação territorial, previsto no seu artigo 3.º. O que, aliado à estrutura burocrática que criou, tornou a proteção de dados praticamente omnipresente, com resultados em muitos casos claramente contraproducentes⁴⁷.

É provável que tal aconteça porque, com o RGPD, a proteção de dados tem vindo a colonizar áreas do Direito que, pela simples natureza das coisas, de todas as coisas, têm subjacente informação. Este é o grande problema. Numa época em que “os dados” assumiram uma omnipresença em todas as áreas da vida e da ciência, surge um instrumento que, em substância, repete a Diretiva de 1995, juntando-lhe uma gigantesca estrutura burocrática que ocupa diligentemente milhares de pessoas, dedicadas a verificar detalhes de pormenores e milhares de empresas a faturar com isso.

O RGPD criou a indústria da proteção de dados.

Em muitos casos, como anteriormente foi referido, o que é verificado é mera ficção e todos sabem.

⁴⁵ O virar do milénio poderá ser tomado como marco do momento em que tudo começou a ser substancialmente diferente. Quando olhamos para os últimos vinte anos, vemos que a digitalização transformou o mundo e que os dados estão na base da nova economia e sociedade.

⁴⁶ Saliente-se, conforme já referido, que o direito de portabilidade dos dados é novo.

⁴⁷ Veja-se, por exemplo, a polémica relativa à posição tomada pela CNPD sobre a medição da temperatura em plena pandemia de Covid-19. Cfr. *post* sobre o assunto no blog 21 Post, em <http://xxipost.blogspot.com/2020/04/medir-temperatura-cnpd.html>, consultado em 05/12/2020.

A questão dos requisitos do consentimento ilustra bem esta realidade. É considerado que o preenchimento dos requisitos depende de o titular dos dados ter feito por seu punho, com caneta, *click* de rato de computador, *touch* num ecrã tátil ou, não tarda, diretamente através de comunicação cérebro-máquina⁴⁸, a cruz num formulário, ou a mesma já vir feita. Isto esquecendo que, em regra, vindo a quadricula pré-preenchida ou sendo preenchida pelo aderente, a probabilidade de aquele (titular de dados pessoais, contratante, utilizador de ferramentas digitais privadas ou públicas) ter lido, sem poder discutir e alterar, e ter concordado plenamente com um arrazoado de cláusulas e declarações, é pouco mais que ínfima⁴⁹. Então, diz-se e bem, do ponto de vista da burocracia e do ponto de vista judicial, que não é isso que está em causa e afasta-se para o lado, o que permite avançar, sem sobressaltos, por um caminho onde muitas vezes não abunda o espaço para a Justiça.

No caso da proteção de dados, do que se trata é de saber se um determinado tratamento de dados pessoais cabe na regra geral da ilicitude, ou em alguma das suas exceções. No RGPD, regulam essencialmente os artigos 6.º a 11.º. Na Diretiva 95/46, era também de (i)licitude que se tratava, prevendo o seu artigo 5.º que “os Estados-Membros especificarão, dentro dos limites do disposto no presente capítulo, as condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais”. Sabemos que a expressão “consentimento válido”, no âmbito da proteção de dados, se vulgarizou. A questão é saber se é usada por estar em causa a (in)validade, ou se o seu uso se deve a falta de termos e conceitos que cubram realidades que, não sendo novas, só recentemente suscitam grande atenção.

Acresce que, usualmente, o consumidor manifesta, em simultâneo e no mesmo ato, declarações sobre coisas várias, consentimento em relação ao tratamento de dados e a adesão ao contrato. Por mais que se coloquem em linhas diferentes, com quadriculas autonomizadas ou outros expedientes apaziguadores, sendo tudo isso apresentado junto, é aceite por atacado. O que significa que, quando se discute a “validade do consentimento” em relação, por exemplo, a tratamento (recolha e conservação) de dados de identificação no contrato, pode estar-se a discutir a validade da manifestação

⁴⁸ Cfr. post “Cérebro controla teclado”, em <http://xxipost.blogspot.com/2018/12/cerebro-controla-teclado.html>, consultado em 05/12/2020.

⁴⁹ Cfr. atrás.

de vontade no próprio contrato que, inclusive, não poderá provavelmente subsistir sem um mínimo de dados serem legitimamente tratados.

É por isto que seria preferível, em vez de se falar em “validade do consentimento”, expressão que o RGPD não usa, falar-se em consentimento suficiente para produzir a licitude do tratamento de dados.

Seria igualmente interessante deixar de forçar o preenchimento da condição de licitude através do “consentimento”, passando a analisar as situações tendo também em conta a “execução do contrato”. Isto é, admitindo que a condição de licitude prevista no artigo 6.º, n.º 1, alínea a) poderá ser subsidiária em relação à condição de licitude prevista no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), ambos do RGPD.

Só estando fora do âmbito da situação da alínea b), “o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados”, é que se justificaria procurar a causa da licitude na situação da alínea a): “o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas”.

9. Conclusões

Embora o Acórdão analise as questões prejudiciais que lhe são colocadas, pronunciando-se sobre se a pessoa deu validamente o seu consentimento para a recolha e conservação de cópia de documento de identificação, concluindo pela negativa, parece que não estaria tanto em causa uma questão de validade do consentimento, mas sim de licitude do tratamento, que poderia ser encontrada em fonte diferente do consentimento.

Assim sendo, a resposta às questões prejudiciais apresentadas poderia ter sido a de que o fundamento de licitude para a recolha e conservação de cópias de documento de identidade do cliente seria a consagrada no artigo 6º, n.º 1, alínea b) do RGPD (artigo 7º, alínea b) da Diretiva), por “o tratamento ser necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências contratuais a pedido do titular dos dados” e não o consentimento.

Não sendo assim entendido, perante a matéria de facto apresentada, é imperativo considerar que existiu consentimento suficiente do cliente titular dos dados para a recolha e conservação do seu documento de

identificação e que tal se encontra provado. Existiu declaração verbal de consentimento, entrega pelo próprio cliente de cópia ou de documento para copiar e posterior assinatura do contrato com a declaração de consentimento e a cópia anexa. Estes são todos atos positivos inequívocos de manifestação de vontade livre, específica, explícita e, ao que parece, informada.

Embora a quadrícula correspondente à “cláusula” da declaração de consentimento que se discute neste Acórdão tenha sido preenchida pelo “agente de venda” e, efetivamente, se encontrasse pré-preenchida em relação ao momento da celebração do contrato, através da aposição de assinatura do cliente, resulta dos factos descritos que esse preenchimento terá sido feito em nome do cliente (a seu pedido/em sua representação) após informação e emissão de declaração verbal de consentimento deste. O “agente de venda”, a pessoa que teria acesso ao sistema informático da empresa onde os dados e informações eram registados, inseriria o conteúdo da resposta preenchendo a quadrícula respetiva de acordo com a declaração que recebia do cliente. Donde se conclui que a situação é diferente da que foi discutida no caso Planet 49, pelo que não se justifica que o mesmo seja chamado à colação para a decisão tomada no caso Orange. Tal só se justificaria para assinalar as diferenças e afastar a argumentação ali condensada.

Existindo contratos celebrados com anexo de cópia de documento de identificação e sem esse anexo e resultando dos factos descritos que quando o cliente recusava a recolha e conservação do documento, a recusa era aceite, não impedindo a celebração do contrato, tal mostra que os clientes teriam informação e liberdade suficientes para manifestarem a sua vontade de permitir, ou não, a recolha e conservação da cópia em causa.

É certo que, a quem recusava, era solicitada a assinatura de um formulário suplementar. Não parece que tal tenha incomodado os clientes e, não se sabendo qual o conteúdo desse documento, não é possível avaliar a sua natureza, ou objetivo. A ideia de que essa solicitação retirava liberdade à possibilidade de recusa de facultar cópia de documento de identificação é abusiva, desde logo porque ocorria depois da própria recusa ter sido aceite. Acresce que não se sabe, sequer, se era sempre obrigatória a entrega desse formulário suplementar e qual o seu fundamento.

Portanto, em resposta às questões prejudiciais colocadas ao TJUE no caso Orange, poderia o Tribunal ter respondido que a “cláusula” em questão seria neste contexto irrelevante, já que parecia não ser o consentimento, mas

outra, a fonte de licitude da recolha e conservação de cópia de documento de identificação dos clientes.

Ainda que assim não fosse e se considerasse que o fundamento de licitude do tratamento seria o consentimento do cliente titular dos dados pessoais, os factos parecem demonstrar que o mesmo havia sido suficientemente dado e que a respetiva prova constava do Acórdão.

Conformidade do Bem com o Contrato no Regime Português da Venda de Bens de Consumo

JORGE MORAIS CARVALHO

1. Introdução

O art. 406.^o-1 do Código Civil estabelece o princípio da pontualidade dos contratos (“o contrato deve ser pontualmente cumprido”, i.e., deve ser cumprido ponto por ponto) e o art. 762.^o-1 determina que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. Alguns autores entendem que a noção de conformidade já se encontra contida nestes preceitos¹. De facto, das normas citadas, bem interpretadas, poderia retirar-se esta conclusão; no entanto, a prática demonstra que a falta de conformidade não é equiparada ao incumprimento da obrigação, não sendo aplicado o princípio da pontualidade na sua plenitude em muitas situações². Fala-se a este propósito num “mito da adequação das regras tradicionais”³. O melhor exemplo é o regime da compra e venda

¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 81; SARA LARCHER, “Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, pp. 141-253, p. 183. Jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de dezembro de 2015, Processo n.º 1174/12.3TVLSB.L1.S1 (Maria da Graça Trigo). Comentário crítico a esta decisão, relativamente a este ponto: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JORGE MORAIS CARVALHO, “Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.^o, n.º 3997, 2016, pp. 237-248, pp. 238 a 241.

² MARIA JOÃO VASCONCELOS, “Da Conformidade no Contrato de Compra e Venda”, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 Anos Depois: Balanço e Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 423-453, pp. 449 e 450.

³ MÁRIO TENREIRO, “Garanties et Services Après-Vente: Brève Analyse du Livre Vert Présenté par la Commission Européenne”, in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 1, 1994, pp. 3-26, p. 12.

de coisas defeituosas, plasmado nos arts. 913.º a 922.º do Código Civil, que é claramente protetor do vendedor⁴, permitindo que muitos casos de desconformidade não sejam protegidos pela lei⁵.

Na transposição da Diretiva 1999/44/CE⁶, a noção de conformidade, considerada um dos conceitos-chave do direito dos contratos moderno⁷, acabou por não ser consagrada no nosso Código Civil, apesar de ter existido um projeto nesse sentido⁸ e de grande parte da doutrina se ter mostrado favorável a essa solução⁹, adotada em alguns direitos europeus, como o

⁴ RUI PAULO DE MASCARENHAS ATAÍDE, “Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela”, in *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. V, 2017, pp. 149-171, p. 150, refere-se a uma “distorção grave em prejuízo do comprador”. No Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26 de janeiro de 2017, Processo n.º 1446/15.5T8CHV.G1 (Eva Almeida), defende-se que “este conceito de falta de conformidade não coincide com o de «vício», «falta de qualidade» ou «defeito» definido no Código Civil”.

⁵ ASSUNÇÃO CRISTAS, “Incumprimento Contratual – O Código Civil Português e o DCFR – Notas Comparadas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 239-266, p. 259. Refere-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de abril de 2015, Processo n.º 34/12.2TBLSA. C1.S1 (Gabriel Catarino), em que se considera que um “golpe no centro da [...] superfície” da coisa vendida não a qualifica como defeituosa, uma vez que o comprador não alegou “o fim para que a coisa (vendida ou adquirida) se destinava”.

⁶ A 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, foi fortemente influenciada pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980, e aprovada pelo Governo português, para adesão, pelo Decreto n.º 5/2020, de 7 de agosto. Neste sentido, v., por todos, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “O Direito Europeu da Compra e Venda 20 Anos Depois – Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019”, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 1217-1376, p. 1218.

⁷ REINER SCHULZE, “Supply of Digital Content – A New Challenge for European Contract Law”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 127-143, p. 134.

⁸ PAULO MOTA PINTO, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda – Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2002.

⁹ ANA PRATA, “Venda de Bens Usados no Quadro da Directiva 1999/44/CE”, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 145-153, p. 152; PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Empreitada de Consumo”, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 155-171, p. 171; RUI PINTO DUARTE, “O Direito de

alemão, o holandês ou o polaco¹⁰. A noção acabou por ficar apenas consagrada no DL 67/2003¹¹, que transpôs a Diretiva 1999/44/CE.

A grande vantagem da adoção da noção de conformidade (ou de desconformidade) consiste em, através de uma fórmula simples¹², conseguir reunir-se num mesmo grupo (o do incumprimento da obrigação) uma série de situações que tinham um tratamento distinto: o vício ou defeito, a falta de qualidade do bem, a diferença de identidade e a diferença de quantidade¹³.

2. Âmbito da noção de conformidade

A noção de desconformidade abrange quer os vícios na própria coisa objeto do contrato, quer os vícios de direito¹⁴. A lei não faz qualquer

Regresso do Vendedor Final na Venda para Consumo”, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 173-194, p. 193; PAULO MOTA PINTO, “Reflexões sobre a Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português”, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 195-218, p. 208; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Apontamentos Sobre a Garantia de Conformidade na Venda de Bens de Consumo”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor*, n.º 43, 2005, pp. 11-27, p. 14. Contra: JORGE PEGADO LIZ, “Acerca das Garantias na Venda de Bens de Consumo – Da Perspectiva Comunitária ao Direito Interno Português – II Parte”, in *Forum Iustitiae – Direito e Sociedade*, Ano II, n.º 9, 2000, pp. 55-58, p. 58; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Discurso na Sessão de Abertura do 6.º Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor – Ano Lectivo 2003/2004”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 19-22, p. 21.

¹⁰ PIOTR TERESZKIEWICZ, “The Reform of Polish Sales Law – Re-Implementing the Consumer Sales Directive”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2016, pp. 175-180, p. 176.

¹¹ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

¹² R.H.C. JONGENEEL, “The Sale of Goods in The Netherlands Civil Code: A Contribution to the Discussion about the Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services”, in *Consumer Law Journal*, Vol. 3, 1995, pp. 143-148, p. 148.

¹³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumidor*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 161; SARA LARCHER, “Contratos Celebrados Através da Internet”, 2005, p. 179; GIOVANNA CAPILLI, “Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, trad. de María Teresa Álvarez Moreno, in *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LX, n.º 4, 2007, pp. 1679-1728, p. 1688. Apesar da alteração de conceito, ainda se pode ler na doutrina que o DL 67/2003 “regula o problema da venda a consumidor de coisa defeituosa” (MARIA JOÃO VASCONCELOS, “Da Conformidade no Contrato de Compra e Venda”, 2017, p. 425).

¹⁴ MÁRIO TENREIRO, “La Proposition de Directive sur la Vente et les Garanties des Biens de Consommation”, in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 3, 1996, pp. 187-225,

distinção, pelo que só é conforme com o contrato o objeto que seja entregue ao consumidor sem qualquer limitação, física ou jurídica.

Em relação à diferença de identidade, também designada pela expressão *aliud pro alio*, estão em causa os casos em que é entregue um bem totalmente diferente do acordado. Em rigor, considerando a prestação como integrando todos os elementos acordados entre as partes, verifica-se diferença de identidade entre o objeto prestado e o objeto acordado sempre que o bem não seja conforme com o contrato. A diferença em relação a alguns casos de falta de qualidade consiste nas soluções possíveis para fazer face à desconformidade; assim, existindo falta de identidade, a reparação não é possível e a substituição depende da entrega de um bem diferente.

Claramente ultrapassada com o DL 67/2003, que acolheu a noção de conformidade com o contrato, está a sujeição da invocação da desconformidade à verificação dos requisitos legais do erro, ao contrário do que ainda acontece no regime da compra e venda de coisas defeituosas do Código Civil¹⁵.

3. Conformidade e o conceito de garantia legal

Note-se que as relações de consumo não reclamavam o conceito de conformidade com a mesma intensidade, uma vez que a lei previa uma figura mais favorável para o consumidor: a garantia de bom estado e de

p. 197; PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 197-331, p. 234; LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, pp. 37-73, p. 45; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 246. Contra: GIORGIO CIAN, “Presentazione del Convegno”, in *L’Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 3-16, p. 10; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 80; RUI PAULO DE MASCARENHAS ATAÍDE, “Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela”, 2017, p. 157; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “O Direito Europeu da Compra e Venda 20 Anos Depois”, 2020, p. 1237.

¹⁵ Já defendendo o afastamento do regime do erro, claramente contra a corrente dominante: JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas”, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 31-124, pp. 32 e 33 (publicado originariamente, em 1972, no *Boletim do Ministério da Justiça*).

bom funcionamento. A garantia de bom estado assegura ao consumidor a manutenção da aparência e das características da coisa, enquanto a garantia de bom funcionamento assegura, não só o funcionamento da coisa, mas que esta tem a *performance* esperada. Estas figuras não remetem para o momento da entrega do bem¹⁶, porque não estão dependentes do cumprimento ou incumprimento do contrato, da entrega ou não entrega de um bem conforme com o contrato. É irrelevante para determinar a aplicação da garantia que o vendedor consiga provar que o mau estado ou o mau funcionamento não existiam no momento da celebração do contrato ou da entrega. A garantia de bom estado e de bom funcionamento apenas pode ser afastada no caso de a deterioração do bem resultar de facto imputável ao consumidor. Neste sentido, trata-se de regime mais favorável para o consumidor, uma vez que tem a garantia de que o bem estará em bom estado e em bom funcionamento durante o prazo legalmente previsto.

A referência à garantia foi curiosamente retomada com a alteração do DL 67/2003 pela imposição do DL 84/2008. A epígrafe do art. 5.º foi alterada, surgindo agora no lugar de *prazos* a expressão *prazo da garantia*. No art. 5.º-6 pode ler-se que, “havendo substituição do bem, o bem sucedâneo goza de um prazo de garantia de dois ou de cinco anos a contar da data da sua entrega [...]”. Neste sentido, pode referir-se que a lei consagra uma *garantia de conformidade*¹⁷ do bem com o contrato. Apesar de se poder considerar que o afastamento do conceito de garantia tinha a vantagem de colocar como elemento central do regime a conformidade com o contrato¹⁸, aceita-se a referência a uma garantia legal de conformidade. Com efeito, sem se retirar relevância à noção de conformidade, acentua-se, pela referência à garantia, o carácter tendencialmente duradouro da obrigação do vendedor, que vai além do momento da entrega do bem¹⁹.

¹⁶ Contra: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2011, Processo n.º 4757/05.4TVLSB.L1.S1 (Alves Velho).

¹⁷ JEAN CALAIS-AULOY, “Une Nouvelle Garantie pour l’Acheteur: La Garantie de Conformité”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 4, 2005, pp. 701-712, p. 705.

¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 564.

¹⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “Caveat Venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e suas Implicações no Regime Jurídico da Compra e Venda”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 263-303, p. 275.

4. Dever de entrega dos bens em conformidade com o contrato

O art. 2.º-1 estabelece que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”.

As referências a partir das quais se afere a conformidade com um contrato começam a ser desenhadas muito antes do momento do seu cumprimento e, em alguns casos, ainda antes do início das negociações diretas entre as partes, nomeadamente através da publicidade.

A conformidade é sempre avaliada pela operação que consiste em comparar a prestação estipulada (explícita ou implicitamente²⁰) no contrato²¹ e a prestação efetuada²². Essencial, neste ponto, é estabelecer, por um lado, os critérios de determinação da prestação que foi acordada entre as partes e, por outro lado, saber como e em que momento ou momentos avaliar se a obrigação foi cumprida.

O art. 2.º contém critérios que têm como objetivo definir os elementos que integram o contrato. Mais do que caracterizar o que é ou não conforme com o contrato, como se retiraria da letra do corpo do n.º 2 (“presume-se que os bens de consumo não são conformes com o contrato [...]”), pretende nestas normas precisar-se o que é que consta do contrato, para depois, no

²⁰ XAVIER O’CALLAGHAN, “Nuevo Concepto de la Compraventa cuando el Comprador es Consumidor”, in *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 23-41, p. 33.

²¹ THIERRY BOURGOIGNIE, “À la Recherche d’un Fait Générateur de Responsabilité Unique et Autonomie dans les Rapports de Consommation: Le Défaut de Conformité à l’Attente Légitime du Consommateur”, in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 221-243, p. 232.

²² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 159: “conformidade é uma relação deontica entre duas entidades, a relação que se estabelece entre algo como é e algo como deve ser”; “se o objecto na execução for como deve ser, há conformidade; se o objecto na execução não for como deve ser, há falta de conformidade ou desconformidade”. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “O Ónus da Denúncia do Defeito da Empreitada”, 1999, p. 237: “desconformidade [...] pode referir-se a um padrão comum (a qualidade normal da prestação) ou à estipulação das partes (a qualidade acordada da prestação)”. Na Jurisprudência, pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de novembro de 2015, Processo n.º 139/12.0TVLSB. L1.S1 (Oliveira Vasconcelos), que a conformidade deve ser “aférida através da comparação entre a prestação estipulada no contrato e a prestação efetuada”.

momento do cumprimento, aferir se o objeto prestado corresponde ao objeto contratado²³.

Tal como na Diretiva, o diploma de transposição consagra um sistema de presunções. No entanto, enquanto os critérios na Diretiva são formulados pela positiva, os do DL 67/2003 são formulados pela negativa.

5. A presunção que não é presunção

Na formulação pela positiva, prescreve-se que, caso o bem tenha as qualidades indicadas pelo vendedor, seja adequado ao uso específico e às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo e apresente as qualidades e desempenho habituais nesses bens, então o mesmo é presumivelmente conforme com o contrato.

Trata-se, neste caso, de uma presunção legal, porque se determina que a ocorrência de todos os factos elencados no art. 2.º-2 da Diretiva 1999/44/CE (factos base da presunção) implica a provável conformidade do bem com o contrato, de acordo com as regras da experiência.

Assim, a presunção significa que o consumidor ainda pode provar a desconformidade do bem com o contrato, demonstrando uma causa de desconformidade cuja ocorrência se confirme apesar da verificação dos factos base da presunção²⁴. Por exemplo, o consumidor ilide a presunção de conformidade se provar que não foram cumpridas as regras de que depende a introdução no mercado do bem vendido (regras relativas a segurança, proteção do ambiente, etc.).

Efetivamente, a conformidade pressupõe a concorrência de várias qualidades do bem, enquanto a desconformidade se basta com a ocorrência de uma. Por outras palavras, um bem conforme é um bem que reúne um conjunto alargado de qualidades; para um bem ser desconforme basta que lhe falte apenas uma dessas qualidades. É incompatível com a qualificação do bem como conforme a verificação de qualquer uma das causas de desconformidade. É compatível com a qualificação de desconformidade a

²³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de novembro de 2015, Processo n.º 139/12.0TVLSB.L1.S1 (Oliveira Vasconcelos).

²⁴ PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo”, 2000, pp. 226 e 227.

verificação de várias causas de conformidade, na medida em que existe a possibilidade de ainda se verificarem (outras) causas de desconformidade, que conduzem a essa mesma qualificação. Por hipótese, imaginemos que, em abstrato, um bem tem mil qualidades: um bem será conforme se, em concreto, tiver essas mil qualidades e desconforme se lhe faltar apenas uma delas. Na formulação pela positiva, a prova pelo profissional de cem dessas mil qualidades permite presumir a verificação das mil, ou seja, a conformidade. Na formulação pela negativa, a prova pelo consumidor da falta de uma dessas mil qualidades é suficiente para demonstrar a desconformidade²⁵.

Por esta razão, no direito português, que adota a formulação pela negativa, a verificação da desconformidade por referência aos critérios definidos afasta a possibilidade de prova em contrário, não sendo possível ao profissional provar a conformidade de um bem desconforme²⁶. Se, por exemplo, o bem não corresponder à descrição feita pelo vendedor, este nada pode alegar no sentido de que o bem é conforme com o contrato.

Portanto, o art. 2.º-2 do DL 67/2003 deve ser interpretado no sentido de não consagrar uma presunção²⁷. O facto de não estarmos perante um raciocínio indutivo baseado em regras de experiência (contrariamente ao que sucede no caso da formulação pela positiva, na qual, da verificação dos factos constantes das quatro alíneas do art. 2.º-2 da Diretiva 1999/44/CE, se induz a verificação de todos os factos dos quais resultaria a conformidade) faz com que não estejamos perante uma presunção, mas antes perante a enunciação dos factos integrantes da previsão da norma que estatui a desconformidade do bem com o contrato²⁸. A relação entre previsão

²⁵ ANA RITA MARTINHO e CAROLINA RODRIGUES, “O Jacuzzi do Alberto”, in *Casos Práticos Resolvidos de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 139-145, p. 141.

²⁶ DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 145.

²⁷ JORGE MORAIS CARVALHO e MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “Duas Presunções Que Não São Presunções: A Desconformidade na Venda de Bens de Consumo em Portugal”, in *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 27, n.º 115, 2018, pp. 311-330. Aparentemente contra: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de março de 2014, Processo n.º 783/11.2TBMGR. C1.S1 (Moreira Alves).

²⁸ Neste sentido, refira-se que, numa das soluções propostas por PAULO MOTA PINTO, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda*, 2002, p. 78, a transposição da Diretiva 1999/44/CE seria efetuada parcialmente para o Código Civil, seguindo-se claramente este esquema de previsão-estatuição (cfr. a proposta de redação para o art. 913.º-1).

e estatuição não envolve um raciocínio indutivo entre a ocorrência de um facto e a suposição da ocorrência de outro facto, mas apenas – pelo menos segundo o entendimento tradicional cuja adequação ao direito não pretendemos aqui analisar – a aplicação de uma consequência jurídica em função da prova do facto constante da previsão.

Se se tratasse de uma presunção, os factos-base dessa presunção seriam os factos indicados no art. 2.º-2 (por exemplo, a descrição feita pelo vendedor e a não-correspondência do bem com essa descrição) e o facto presumido (ou facto principal) seria a desconformidade (que é, na verdade, uma qualificação jurídica e não um facto). O vendedor teria de provar, para ilidir a presunção, que, apesar de o bem não corresponder à descrição, este é conforme com o contrato. Ora, como é que o vendedor pode provar que, não correspondendo o bem à descrição que dele fez, este é conforme? É uma prova inconcebível, pois se não corresponde à descrição, a desconformidade encontra-se verificada.

A única forma que o vendedor tem de afastar a sua responsabilidade é pôr em causa a previsão normativa, ou seja, alegar, continuando no mesmo exemplo, que não fez a descrição em causa ou, tendo-a feito, que o bem a ela corresponde.

Defende-se, em sentido contrário, que “nem sempre, por exemplo, a mera discrepância com a descrição se refletirá necessariamente no desempenho efetivo do bem, pelo que é duvidoso que em todos esses casos haja necessariamente desconformidade”²⁹. Parece-nos que, face ao diploma em análise, não se pode falar em “*mera* discrepância” (itálico nosso), recaindo um juízo negativo sobre *qualquer* discrepância com a descrição. Acrescente-se que não são apenas tuteladas as desconformidades que afetem o desempenho do bem. Assim, por exemplo, um risco não afeta o desempenho de um carro, mas o carro será desconforme com o contrato se o objeto do contrato não for um carro riscado.

Note-se que a desconformidade pode resultar de um dos factos referidos nas várias alíneas da norma ou de qualquer outro facto que o consumidor consiga provar³⁰. O art. 2.º-2 contém apenas alguns critérios para ajudar a

²⁹ RUI PAULO DE MASCARENHAS ATAÍDE, “Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela”, 2017, p. 158, n. 13.

³⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, 2005, p. 53.

determinar quais os elementos que integram o contrato³¹ e que, portanto, são utilizados para aferir a desconformidade, caso, em concreto, não se verifiquem.

6. Conformidade e autonomia privada

Em princípio, as regras especificamente acordadas pelas partes prevalecem sobre os critérios legais definidos no art. 2.º, mas esta conclusão está dependente do objeto do acordo.

Assim, o afastamento de um critério legal tem de ser analisado face ao art. 10.º-1, que estabelece que “é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia [...] se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente diploma”.

Isto significa que as partes, apesar de poderem conformar o conteúdo do contrato com alguma liberdade, encontram-se limitadas.

7. Conformidade e ónus da prova da anterioridade da falta de conformidade

A questão da conformidade do bem com o contrato não se confunde com a do ónus da prova da anterioridade da falta de conformidade, não devendo ser tratadas em conjunto.

A questão do ónus da prova da anterioridade da falta de conformidade (reportada ao momento da entrega) pressupõe a falta de conformidade, devendo, portanto, ser analisada, numa perspetiva lógica, após se ter concluído, em concreto, no sentido da existência de falta de conformidade.

8. Conclusão

O conceito de conformidade foi adotado no direito português pelo DL 67/2003, que transpõe a Diretiva 1999/44/CE, tendo a vantagem de abarcar na noção de incumprimento do contrato figuras tratadas de forma

³¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 83.

distinta no Código Civil, como as de vício ou defeito, físico ou jurídico, falta de qualidade do bem, diferença de identidade e diferença de quantidade.

Não se confunde com o conceito de garantia de bom estado e de bom funcionamento, uma vez que este último não remete para o momento da entrega do bem, não estando dependente do cumprimento ou incumprimento do contrato, da entrega ou não entrega de um bem conforme com o contrato.

Nos termos do art. 2.º-1 do DL 67/2003, o profissional tem “o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”, sendo a conformidade avaliada pela operação que consiste em comparar a prestação estipulada (explícita ou implicitamente) no contrato e a prestação efetuada.

O n.º 2 do mesmo artigo contém critérios que têm como objetivo definir os elementos que integram a prestação estipulada. No momento da entrega do bem, será necessário comparar esses elementos como os relativos ao bem efetivamente entregue.

Este preceito deve ser interpretado no sentido de não consagrar uma presunção. Com efeito, a verificação da desconformidade por referência aos critérios definidos afasta a possibilidade de prova em contrário, não sendo possível ao profissional provar a conformidade de um bem desconforme.

A questão da desconformidade não se confunde com a da existência de desconformidade no momento da entrega, no caso de essa desconformidade se manifestar posteriormente. No DL 67/2003, presume-se que a desconformidade já existia no momento da entrega se se manifestar em qualquer momento do período da garantia legal de conformidade (dois anos, se se tratar de um bem móvel). Isto significa que, verificada a desconformidade, o profissional apenas poderá afastar a sua responsabilidade se demonstrar que aquela se deve a um facto posterior à entrega que não lhe seja imputável³².

³² Sobre a presunção de anterioridade da desconformidade, v., com pormenor, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 319 e segs.



novaconsumerlab.fd.unl.pt