

COORDENAÇÃO:

Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO:

Maria Miguel Oliveira da Silva

ANUÁRIO DO

NOVA CONSUMER LAB

ANO 4 - 2022

*YEARBOOK OF THE
NOVA CONSUMER LAB*

Anuário do NOVA Consumer Lab

Yearbook of the NOVA Consumer Lab

2022

Jorge Morais Carvalho
Coordenação

Maria Miguel Oliveira da Silva
Edição

**ANUÁRIO DO NOVA CONSUMER LAB
YEARBOOK OF THE NOVA CONSUMER LAB**

Ano 4 – 2022

COORDENAÇÃO
Jorge Morais Carvalho

EDIÇÃO
Maria Miguel Oliveira da Silva

SUPORTE: eletrónico

Maio, 2023

ISSN 2184-6200

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da
FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P.,
no âmbito do projeto UID/00714/2020.

NOTA DE ABERTURA

2022 foi um ano de consolidação do NOVA Consumer Lab. Terminamos o ano com uma equipa de 26 investigadores, 35 textos publicados no blog, 15 novos episódios do podcast, mais de uma dezena de livros e artigos científicos com indicação de filiação ao centro e vários encontros com personalidades internacionais de relevo na área do direito do consumo.

2022 foi o ano de conclusão do projeto da Academia do Consumo para os CIAC (centros de informação autárquicos ao consumidor), tendo tido lugar a sua terceira fase. O objetivo subjacente a esta última fase foi o de disponibilizar sessões de formação personalizada a cada CIAC, nas respetivas instalações. Foram realizadas 34 sessões em municípios de Norte a Sul de Portugal continental.

Terminamos o ano com a publicação do Anuário. Inclui três artigos científicos, dois dos quais resultantes de uma parceria com o CNED (Conselho Nacional de Estudantes de Direito) para a promoção de um Call for Papers subordinado ao tema Direito do Consumo. Inclui ainda duas teses de mestrado elaboradas em 2022 na NOVA School of Law.

Lisboa, 31 de dezembro de 2022

JORGE MORAIS CARVALHO
MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA

ÍNDICE

NOTA DE ABERTURA	4
------------------	---

I. ARTIGOS

THE DIGITALISATION OF EU CONSUMER LAW: FILLING THE GAPS IN ONLINE MARKETS?	7
---	---

Tom Hartmann

OS DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMO – ANÁLISE DO FACEBOOK À LUZ DO NOVO REGIME LEGAL	32
---	----

Diana Camões

A PORTA DA DISCOTECA ONDE O DIREITO NÃO ENTRA: ANÁLISE DO CONTRATO DE ACESSO A UM ESTABELECIMENTO DE DIVERSÃO NOTURNA	56
---	----

Jorge Miguel Russo Dias Pereira Poço

II. TESES DE MESTRADO

A PUBLICIDADE EM JOGOS <i>FREE TO PLAY</i> : UMA ANÁLISE SOBRE O <i>ADVERGAME</i> DIRIGIDO À CRIANÇA	89
---	----

Alyne Grazieli Calistro

THE (UNCLEAR) RELATIONSHIP BETWEEN A PERSONALISED PRICE TERM AND THE UNFAIR CONTRACT TERMS DIRECTIVE	178
---	-----

Adriana Alves Henriques

I

ARTIGOS

THE DIGITALISATION OF EU CONSUMER LAW: FILLING THE GAPS IN ONLINE MARKETS?

TOM HARTMANN*

Abstract: The present paper investigates the most recent changes to EU consumer law based on digital consumer purchases. The goal of the conducted research is to analyse whether the changes proposed in the most recent Modernisation Directive (EU) 2019/2161 ensure that EU consumer law is fit for purpose in the digital environment. Three core EU consumer law directives are investigated to find what the EU legislator has improved upon in relation to the pre-2019 situation, as well as what it still lacks. This lack is identified through studies published by the European Commission on the unfair commercial practices in the digital environment, such as dark patterns and manipulative personalisation. Additionally, for each of these caveats in the directives, concrete solutions are presented based upon existing legal concepts such as the EU's AI Act, Digital Markets Act, European Electronic Communications Code, and others, which are then adapted to suit the needs of the consumer directives in question. Finally, the paper concludes with the observation that, whilst continuous adaptation of EU consumer law directives has been admirable given the need for foresight and adaptation to tech-

* Bachelor of Laws (LLB) from Radboud University, European Law. Currently is a Master of Laws (LLM) student in International and European Law: Business Law at Radboud University. Former trainee at the European Commission's Directorate-General for Justice and Consumers. Currently a trainee at the European Law department of the Dutch Ministry of Foreign Affairs.

nological advancements, it remains a necessity to consider this adaptation of legislation a routine rather than an exception, in order to continuously ensure the high level of consumer protection as envisioned by Article 169 TFEU.

Keywords: Digitalisation of Consumer Law; Consumer Purchasing Behaviour Online; Dark Patterns; Consumer Manipulation; Consumer Protection; Unfair Commercial Practices Directive; Unfair Contract Terms Directive; Consumer Rights Directive; Modernisation Directive of EU Consumer Law.

1. Introduction

The EU legislator has realized that, with an increase in purchases online during the COVID-19 pandemic, it has become more important than ever to ensure secure purchases and fair marketing practices in an online environment. Especially tech giants or “platforms” such as Amazon, Alibaba, and others form a risk of monopolizing the digital market to the detriment of the average consumer.¹ The European Commission, seeing that these emerging markets and traders need to be regulated, initiated two landmark pieces of legislation: the Digital Services Act (DSA)² and Digital Markets Act (DMA)³. Both have recently been adopted by the European Parliament and are on the verge of being enacted into law.⁴ It will pave the way for effective responsibility and accountability of these large platforms on a Union scale.

Whilst this is, of course, of benefit to the internal market as a whole, it does leave the individual consumer with few effective redress mechanisms. Both the DMA and DSA are targeted at traders, with the Member States supervising the actions of the platforms in question.⁵ Consumers

¹ European Commission, press release, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, Brussels, 17 July 2019, IP/19/4291.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final.

⁴ European Parliament, press release, *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users*, Brussels, 24 March 2022, IPR25504.

⁵ European Commission, communication, *Explanatory Memorandum to the Digital Markets Act*, Brussels, 15 December 2020, COM(2020) 842 final.

are not granted individual rights of protection or recourse in case things go awry in their digital purchase. This makes sense, however, as the EU has adopted extensive legislation with regard to consumer protection dating back to the late 90s⁶, thereby negating the necessity of introducing separate specific legislation into the aforementioned DMA and DSA. One question remains in this context, however, which will also form the central question for the purposes of this research: *is current EU consumer law fit for purpose when it comes to the challenges of purchases in the digital environment?*

To answer this question to a sufficient degree, this paper aims to identify so-called legal “grey zones” and potentially lacking provisions in three main pieces of EU consumer legislation: the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC⁷ (UCPD), the Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC⁸ (UCTD) and the Consumer Rights Directive 2011/83/EU⁹ (CRD). If such “gaps” in the legislation are identified, this paper will aim to make suggestions to amend the existing provisions to cover the developments in the digital environment, based on existing examples in EU law. An important source of information will originate from several behavioural studies on various practices in the digital environment, which were published by the European Commission.¹⁰ The outcomes of these studies will be used to highlight the current struggles faced by consumers in the digital environment and will present a possible approach to the legislative changes which the EU may adopt to make its consumer law fit

⁶ As can be showcased with the adoption of the Unfair Contract Terms Directive in 1997, which is still in force to this day.

⁷ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive), OJ L 149 11.6.2005, p. 22.

⁸ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 095 21.4.1993, p. 29.

⁹ 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, OJ L 304 22.11.2011, p. 64.

¹⁰ See, to that effect, footnotes 33 and 60.

for purpose. References will also be made to several cases of the Court of Justice of the EU (CJEU), which will serve as positions on potential legislation impacting consumer law in a digital environment.

Accordingly, this paper will begin with an analysis of what the aforementioned consumer legislation lacks, followed by an interpretation of what the Commission should aim to achieve with its Fitness Check of EU consumer law on digital fairness, subdivided into separate analyses of the UCPD, UCTD and CRD. The paper will then close with an overall evaluation of the current consumer legislation framework, and will draw a conclusion based on the identified caveats as well as the magnitude of potentially necessary legislative changes, to assess whether or not EU consumer law is fit for its purpose in a digital environment.

2. Unfair marketing and commercial practices: the UCPD as the first line of defence in consumer rights

In the natural contractual cycle of consumer purchase, the offer (or marketing thereof) is the first contact that a consumer has with a trader regarding a product or service. EU Consumer law already regulates these pre-contractual interactions through its Unfair Commercial Practices Directive. At the inception of the UCPD, it was admitted that the marketing and pre-contractual interactions would be bound to clearly written and often printed advertisements, as well as sales which were conceived to mainly take place in so-called “brick and mortar” stores.¹¹ This clearly indicates that, whilst online purchases may have been considered, they clearly were not the focal point of the directive.

With the Modernisation Directive (EU) 2019/2161¹² (Omnibus directive), a few changes were already introduced to the existing framework of the UCPD, to “update” its provisions to more current digital challenges. This included the introduction of expanded terminology to online marketplaces, as well as online product searches and, lastly, consumer reviews

¹¹ European Commission, staff working document, *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, Brussels, 25 May 2016, SWD(2016) 163 final, para. 2.1 & 5.2.1.

¹² 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, OJ L 328, 18.12.2019, p. 7–28.

which may be published online.¹³ Whilst this “update” was considered adequate to represent the possible consumer challenges as far back as 2018 (when the Commission first presented the proposal of the Omnibus directive), it has proved insufficient to represent the consumer problems faced in 2022.

The UCPD has two provisions that form the backbone of its consumer rights, namely articles 6 and 7. Both of these have compulsory and indicative parts for the Member States to transpose.¹⁴ The compulsory parts consist of a very generalised description of what constitutes an unfair commercial practice. This can be achieved both actively, through deceiving the consumer with false information, as well as passively, through the omission of information that prevents the consumer from making an informed decision about their purchase.

Article 6 focuses herein on the active act that a trader makes in order to provide false or distorted information to the consumer. The leading principle to judge whether a practice constitutes as unfair is bound within the wording of “materially distorting the choice of a consumer”.¹⁵ This is a consequence-based criterion, which aims to cover as many practices as possible, in order for the legislator not to be obliged to name all potential unfair practices which a trader may devise.¹⁶ Both current and in future situations. The second and indicative part of Article 6 names some more specified examples of practices that often and definitively constitute as unfair.¹⁷ As the UCPD guidance states, however, this list is indicative and is by no means meant to restrict the interpretation by national authorities or courts.¹⁸

Considering the underlying thought of the EU legislator when creating and adopting the provisions of Article 6, both the compulsory and indicative criteria become less clear with the introduction of digital commercial practices. After all, the Commission admitted in its concessions

¹³ See, to that effect, Article 3 of Directive (EU) 2019/2161.

¹⁴ Ibid 17, para 3.3.1.

¹⁵ See the wording of Article 6(1) as well as para 3.3.1 of Directive 2002/58/EC.

¹⁶ Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, 19 September 2013; confirmed in Case C-388/13, *UPC*, 16 April 2015, paragraphs 61-63.

¹⁷ Article 6(1) a-g and 6(2).

¹⁸ Directive 2002/58/EC, para 3.3.

to the “cookies” Directive¹⁹ and the General Data Protection Regulation²⁰ (GDPR) that targeted and personalised advertisements have become somewhat of a norm in the digital environment.²¹ It is unclear, however, when such practices might be aggressive or influential, or when they play on the emotions and preferences of the consumer to persuade them to the purchasing of a product, which they would otherwise not have. Again, it is important to highlight that the consequence of the commercial practice lies in the “would otherwise not have”. This criterion is difficult to satisfy, as it needs to take into account a hypothetical situation that has not occurred due to the distorted influence of the commercial practice of a trader.²² Proving this in a digital environment becomes all the more difficult, as the consequence of a purchase in such a fast-paced and personalised digital environment become near impossible to justify.

As opposed to Article 6, Article 7 focuses on the passive omission of information that the trader prefers not to reveal. This type of unfair commercial practice is perhaps even more dangerous, as subtle colour changes, pop-up messages, or website designs can cause a distortion of interpretation of the consumer to the information with which they are presented.²³ Whilst this is not a strict omission of information, the hampering of clear access to the information obligations enshrined in the UCPD can already fulfil the criterion of an unfair commercial practice within the meaning of article 7.²⁴ Various examples of such information withholding or distortion in a digital environment will be discussed in the following paragraphs.

¹⁹ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), OJ L 201, 31.7.2002, p. 37–47.

²⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119 4.5.2016, p. 1.

²¹ European Commission, communication, *Stronger protection, new opportunities – Commission guidance on the direct application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018*, COM(2018) 43 final, p. 1.

²² UCPD, para 3.3.3.

²³ As has been confirmed in the behavioural study under footnote 32.

²⁴ UCPD, p. 100.

Reverting to the aforementioned changes of the Omnibus directive, the Commission noted that, even though the Omnibus provisions entered into force as recently as May 2022, certain articles were already in need of a review.²⁵ This becomes understandable when one considers the fast-paced nature of digital markets and the long legislative cycle which the EU has to go through to enact new legislation. As a result, the Commission has launched the “Fitness Check of EU consumer law on digital fairness”²⁶, where it aims to research the possible impact of the most recent developments in the digital environment.

2.1. A game of cat and mouse: keeping up with developments in the digital fairness of EU consumer law

Especially with regards to the UCPD, most digital developments revolve around the advertising of products to consumers. A behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment, published by the Commission²⁷ recently, shows that many problematic advertising practices are being conducted online, which currently form a probable case of an unfair commercial practice as per Article 6 and/or 7 UCPD. The issue, however, is that the identification and effective enforcement of combatting these practices is not something that is present in any EU consumer legislation. The purpose of the study was to identify current (negative) influences which are being exerted on consumers in a digital environment.²⁸ The key difference to known practices is that these techniques influence a consumers choice on a subliminal level, playing on the interpretative abilities of the average consumers to “nudge” them to make the choice which the trader wants.²⁹ It is for their less obvious and subliminal nature that these practices are referred to as “dark patterns”. A dark pat-

²⁵ European Commission, communication, *New Consumer Agenda Strengthening consumer resilience for sustainable recovery*, 13 November 2020, COM/2020/696 final, “Action 7”.

²⁶ European Commission, staff working document, *Digital fairness – fitness check on EU consumer law*, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en, accessed 09 August 2022.

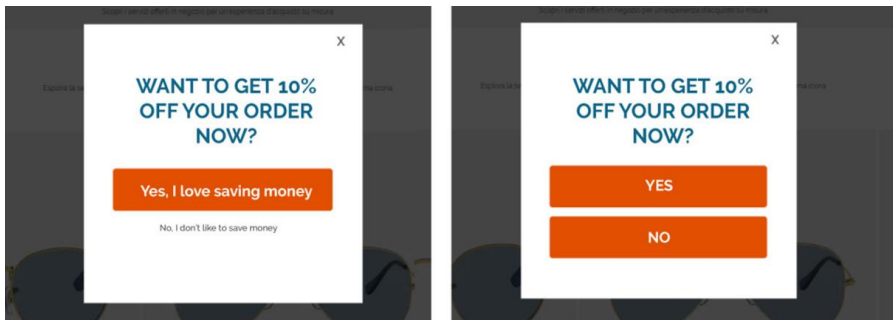
²⁷ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Lupiáñez-Villanueva, F., Boluda, A., Bogliacino, F., et al., *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalisation: final report*, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>.

²⁸ Ibid 33, p. 19.

²⁹ Ibid 33, p. 24.

tern constitutes any marketing practice which subliminally influences a consumer to make a choice that they would otherwise not have.³⁰

In order to gain a good understanding of the actual quantity and impact of these unfair practices, it is important to note that the study found that 97% of examined websites and apps deployed at least one dark pattern. To visualize this the following image has been added below:



31

This specific example is identified as “confirmshaming”³² and constitutes one of the most common violations of Articles 5(3) and 6(1) UCPD in a digital environment. In this situation, the consumer in the left image is confronted with an obvious choice, worded in a way that would otherwise contradict a logical choice and thereby bring into question the intelligence of the consumer. The right image presents an option that conforms to the provisions of the UCPD. Technically, this can be considered an unfair practice, but the underlying legal justification for sanctioning such a practice is not yet properly established.³³ The key findings of the study concluded with the most important figures that the average probability of making inconsistent choices by consumers is 50.89% for vulnerable consumers and 47.24% for average consumers. These numbers become staggering if one considers the number of transactions conducted on a daily basis between consumers and traders in a digital environment.

³⁰ Ibid 33, p. 19.

³¹ Behavioural study, figure 22.

³² Behavioural study, p. 98.

³³ As becomes apparent from the missing prohibition in Annex I of Directive 2005/29/EC.

To clarify the differences between vulnerable consumers and average consumers, the UCPD provides in Article 5(3) that “*commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group*”. As such, in contrast to those consumers who are not particularly susceptible due to their inherent condition, an average consumer is defined as a person that is “*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*”.³⁴

Annex I of the UCPD provides a sample list of practices, which aims to direct the policy of courts and national authorities when applying the Directive. Whilst the guidance of the UCPD clearly indicates that the list is by no means exhaustive, courts have found it difficult to justify sanctioning businesses who are conducting practices such as “confirmshaming” based on the current provisions of the UCTD.³⁵ Pairing this difficulty with the default vulnerable position of the average consumer online, such practices form a real and actual threat to the high level of consumer protection, which the TFEU and consumer directives envision.³⁶

2.2. Legislative changes to address the challenges

What becomes abundantly clear in the context of consumer exposure to subliminal marketing practices is that the UCPD requires a certain number of legislative amendments to combat the aforementioned issues. The red line to be drawn in these measures should revolve around the expansion of the definition of consumer vulnerability³⁷ in a digital environment. The logical reasoning behind this is the fact that consumers have increasingly less knowledge and awareness of the fast-developing unfair commercial practices, some of which are possibly introduced on a daily basis. The UCPD foresees greater protection of the current interpretation of vulnerable consumers in Article 5(3) UCPD and its recital 19. Currently, the definition of a vulnerable consumer is restricted to factors such as

³⁴ As is developed by the case law of the CJEU, see for example Case C-210/96, *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, 16 July 1998.

³⁵ Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, 19 September 2013.

³⁶ See Article 169 TFEU, as well as recitals 1-3 of Directive 2005/29/EC.

³⁷ As defined in Article 5(3) UCPD.

age, mental state, or credulity. As the behavioural study has shown, however, even the average consumer has become susceptible to influences of a psychological nature.³⁸ The aforementioned highly personalised advertisement, in combination with a subliminal influence of mood or emotion, causes even the average consumer to doubt their logical reasoning and thus their ability to make an informed choice. If the strict definition of a vulnerable consumer could be interpreted in a broader sense, such psychological influences may be not only subject to the pre-dispositioned nature of the consumer but also their temporary mental state. If one were to go even further, a resulting change in the psychological state of a consumer due to the unfair commercial practice may prove useful in evidencing that an unfair commercial practice has taken place in a digital environment.

Whether this may translate to a wholistic qualification of vulnerable consumers in all digital environments (or simply for certain situations) would be up to the concrete definition, which the EU legislators may adhere to it. In the interest of the attainment of a high level of consumer protection³⁹, however, it would be beneficial to define the vulnerable consumer in the broadest of terms.

Another measure of importance includes the expansion of the provided examples of Annex I of the UCPD. As was mentioned previously, the courts and enforcement authorities have encountered a certain difficulty in identifying and classifying unfair digital practices.⁴⁰ In order to facilitate an easier identification, a simple solution would include the most prominent dark patterns to the list. The aforementioned “confirmshaming” could, for example, be introduced, along with a further expanded explanation in an accompanying updated guidance of the UCPD for each of the practices listed. Inspiration can also be taken from the European AI Act proposal,⁴¹ where in Article 5(a) the following definition is used: *“the placing on the market, putting into service or use of an AI system that deploys subliminal techniques beyond a person’s consciousness in order to materially dis-*

³⁸ Behavioural study, p. 120.

³⁹ As per Article 169 TFEU.

⁴⁰ Case C-238/08, *Louis Vuitton*, 23 March 2010, Case C-324/09, *L’Oreal*, 12 July 2011.

⁴¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), Brussels, 21 April 2021, COM/2021/206 final.

tort a person's behaviour in a manner that causes or is likely to cause that person or another person physical or psychological harm".

Of course, the idea of the UCPD Annex I definition would not be to assess the damage done in a physical or psychological way to a consumer. It would be of interest to adapt this definition to harm done in an economic context. Furthermore, not only AI practices should be covered in the UCPD definition, but a more broad interpretation of all digital advertising and purchasing means. What does fit well with the definition used in the AI act is the "materially distorting a person's behaviour", which is identical to the interpretation used in Articles 6 and 7 of the UCPD. Defining this explicitly in the UCPD would grant enforcement authorities and courts an easier interpretative access to the sanctioning of traders who engage in such activities. The necessary assessments of the circumstances by these authorities would then again be an ex-post assessment as was described earlier. As such, the identification of the concrete practice matters less than the resulting influence of the consumer's psyche or mood, which in turn influences their purchasing habits.

Summarizing the aforementioned, these two rather easy suggestive changes to the UCPD would bear great influence on the protection of consumers in their first contact with a trader and their potentially unfair commercial practices. It would create a solid first line of defence in the potential information asymmetry between traders and consumers and would ensure a fairer digital purchasing environment for consumers.

Since the UCPD forms a first line of defence, the EU legislator has devised further regulations to ensure consumer safety along the entire transactional interaction of traders and consumers. The next of which is covered by the UCTD.

3. The devil is in the detail: revising the current Unfair Contract Terms Directive to suit the needs of digital contracts

The automation of purchases in digital environments has not only taken shape in the advertising and personalisation of offers but also in the contractual sphere of purchasing agreements. With the introduction of click-through purchases⁴², consumers are enticed to conclude purchasing

⁴² Murat Unal and Young-Hoon Park, *Fewer Clicks, More Purchases*, Marketing Science Institute Working Paper Series 2020 Report No. 20-144, <https://www.msi.org/wp-content/>

agreements in the easiest way possible, essentially being able to conclude subscriptions and purchase of goods or services contracts with the click of a button. Especially the current structure of online service subscriptions has come under scrutiny from consumer enforcement authorities and courts alike.⁴³

The UCTD defines in its Article 3(1) that any contract term is deemed to be unfair if: “*contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”. Vital to the exercise of this right and its subsequent protection is the ability to receive and review contractual information in a transparent way prior to the conclusion of such contracts.⁴⁴ Article 5 of the UCTD ensures this, with an additional level of protection not found in other consumer directives, namely: “*where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail*”. This is an extraordinary extension, essentially forcing courts and enforcement authorities to be as consumer friendly as possible when assessing the unfairness of a contract term that is unclear.

However, questions arise with the introduction of individualised contracts, which stem, amongst others, from personalised advertisements as described in the paragraphs of the UCPD. Special promotional offers based on the consumers’ needs or wishes alter the standard template of most contracts, creating what are essentially individually negotiated terms. This definition is used in the UCTD in Articles 3 and 4 to assess contract terms which may be subject to unfair clauses and deviate from the standard terms and conditions used in most consumer contracts. An issue herein, however, is the definition of “negotiated”.⁴⁵ Technically, the terms are personalised to the offer that was presented to the consumer; however, they do not stem from negotiations or exchanges between the trader and consumer. The individual contract terms are drafted automatically (by, for example, an AI) according to the preferences indicated to it with the

uploads/2021/01/MSI_Report_20-144.pdf.

⁴³ As sampled from Case C-472/10, *Invitel*, 26 April 2012, Case C92/11, *RWE*, 21 March 2013, and Case C-26/13, *Kásler*, 30 April 2014.

⁴⁴ UCTD, recital 20.

⁴⁵ European Commission, communication, *Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts*, Brussels, 22.7.2019, C(2019) 5325 final, p. 6-11.

initial offer. This raises the question of whether such contract terms can be defined as standard or individually negotiated.

Furthermore, the cancellation of contracts has seen a significant increase in disputes, as consumers are often unaware of their cancellation rights and options in digital environments.⁴⁶ Standard cancellation policies of large subscription enterprises such as Google, Amazon, and Spotify allow for cancellations only to happen on a monthly basis.⁴⁷ This is subsequently made worse by the fact that many online services provide their subscriptions with automatic renewal.⁴⁸ The information pertaining to the automatic renewal conditionality is often not presented in a clear and concise way, again forming a potential violation of Article 5 of the UCTD. To illustrate this, an excerpt has been taken from the aforementioned behavioural study, indicating the masking of contractually obligated information provision:

12 month Subscription Plan	3 months Subscription Plan
Don't waste your time looking for what to watch. Choose this offer and we will give you personalized suggestions to new content you'll love	Package 1
Package 2	Total price per three months: 15.15
Total price per year: 42.60	Movies and TV shows, without any limits
	Free access to pre-releases
	You will receive free additional bonus features and services

49

In the aforementioned sample, information pertaining to the substance of the contract can be found when clicking a “drop down” menu. As previously mentioned, the idea of being able to conclude contracts with as few clicks as possible is something that has proven hugely popular with consumers.⁵⁰ Playing to this ease of choice, and removing information necessary for the consumer to conclude the contract, has caused a surge in

⁴⁶ Loos, M. & Luzak, J., *Update the Unfair Contract Terms directive for digital service*, Publication for the Committee on Legal Affairs (JURI), Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, Luxembourg, 2021.

⁴⁷ M. Unal, & Y.H. Park, p. 20.

⁴⁸ Mik, E., “*The erosion of autonomy in online consumer transactions*”, Law, Innovation and Technology, Vol. 8, 2016, p. 1-38.

⁴⁹ Behavioural study, figure 16.

⁵⁰ E. Mik.

consumer cases where pre-contractual information is presented in dubious or hidden ways.⁵¹

Most notably, in the recent CJEU preliminary ruling *Tiketa*,⁵² the court has concluded that accepting terms of a consumer contract can only be simplified to a level where a consumer must still physically click an “accept” button or tick a box which states that they agree to the terms and conditions provided for in the consumer contract. Pre-ticked boxes or otherwise automated responses from the traders’ side may not be considered a valid consent and, thus, a binding contract for the consumer. Furthermore, such simplification of the agreement to a contract may only be considered binding if the terms and conditions on the website are brought to the consumer’s attention in a clear and comprehensible manner. The court concludes its observations with the statement that providing a summarized or an otherwise shortened version of the contract provisions on the website does not substitute the requirement of Article 8(7) of the UCTD, wherein the confirmation of the contract and, thus, the specific provisions therein must be provided to the consumer.

The aforementioned case forms an example of some of the most pressing confrontations which the UCTD currently faces with regard to digital contracts and the digital environment as a whole.

3.1. Automated contracts do not equal automated consent

Focussing further on the most common types of digital contracts, subscription contracts have immensely propelled the revenue and popularity of the digital consumer environment, which in turn has caused a large loophole in the existing consumer legislation, especially the UCTD.⁵³ As previously mentioned, these contract types often carry specific cancellation rights which fall outside those seen in the UCTD and CRD. The unjust automatic renewal of subscriptions is currently only challengeable by an example provided in Annex I of the UCTD, which states under letter (h) that “*automatically extending a contract of fixed duration where the consumer does not indicate otherwise, when the deadline fixed for the consumer to express this*

⁵¹ Loos, M., “Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law”, *European Review of Private Law*, Vol. 2, 2015, p. 179-193.

⁵² Case C-536/20, *Tiketa v M.S.*, 24 February 2022.

⁵³ M. Loos, & J. Luzak, p. 45.

desire not to extend the contract is unreasonably early". Whilst useful, this provision currently omits concrete times or durations for such contracts to be renewed. It also does not take into account the most common type of unfair contract terms, called "framing-in" strategies.⁵⁴ In this strategy, a "free" trial period is given with a subscription service (usually between 1-3 months) after which the contract automatically extends, and the consumer needs to pay. The peculiarity of this practice is that, whilst the consumer believes they are engaging in a "free trial", the contract itself is that of a paid subscription enrolment, of which the payment is simply not executed until the "free" trial period has run out. A key to identifying such a practice is the mandatory provision of payment details when concluding such a trial period. The trader thereby ensures all available details for the automatic continuation of the contract without the necessity of requiring consumer consent.

Another study⁵⁵ issued by the Commission on the effects of misleading "free" trials and subscription traps highlights the need for a more regulated subscription market, especially with regard to consumer safety. To emphasize the effects of provisions of the UCTD the study found that 66% of European consumers had signed up for a free trial offer. The results overwhelmingly indicate that the majority of free trials include problematic practices, such as false free trials, automatic renewals, or unclear terms of the contract. By comparison, only 2.7% did not include a single problematic practice. Although not as prominent for the purposes of this research, it is worth noting that consumer personal information could be passed on easily and readily according to subscription contracts. In 63% of screened offers, traders could pass on details to others without consumers' consent, or it was unclear whether the trader could pass on details to others without consumers' consent.

The cancellation of the subscription contract proved yet another challenging obstacle for consumers, as the websites of traders frequently changed, leaving them unable to cancel their respective trials. In 60% of screened offers, one or more contact details of the traders could not be

⁵⁴ Ibid 60, p. 52.

⁵⁵ European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency, *Misleading «free» trials and subscription traps for consumers in the EU: final report*, Publications Office, 2017, <https://data.europa.eu/doi/10.2818/3605>.

found, were false, or unclear. What is also noteworthy is that at the moment of ordering, only 7% of consumers found it unclear who was offering the free trial, but when trying to contact traders to cancel the subscription, 27% did not find contact information, and 54% that attempted to contact the supplier did not succeed.

With these numbers, it becomes abundantly clear that, in the most vital segments of a consumer contract, the UCTD is lacking in its protection over digital contracts as well as digital environments as a whole.

3.2. Legislative changes to address the challenges

For the purposes of the UCTD, there are a number of possible suggestions which may be presented to combat the increasing abuses in digital contracts and especially in those of subscriptions. As the most pressing abuses revolve around the transparency requirement of article 5, it is best to begin with the pre-contractual information obligations. For this purpose, and in follow-up to the *Tiketa* judgement, a clearer presentation of pre-contractual information should be made mandatory. As was presented in the visual example on page 12, currently, no minimum information requirements exist in the online environment to indicate the terms and conditions to provide a consumer with the necessary information to make an informed choice about the contract which they are about to enter into. In line with this, it should also be made mandatory to ask for the specific consent of the consumer to enter into a contract that is signed digitally. Inspiration can be taken herein from cases of data-sharing consent along the lines of the GDPR's Article 6(1)a. Pre-ticked boxes (such as in the mentioned examples above) remove the active act of consenting to the sharing of data,⁵⁶ and could inter alia constitute a violation of the agreement of the specific contract terms as stipulated in Article 3 of the UCTD. The wording of such a provision would, of course, reflect that of prevention of economic harm to the consumer, as opposed to that of personal data.

In addition to these general information and consent requirements, it must also be made mandatory to provide the consumer with a concrete summary of the contract as well as a copy of the contract termination. This would sufficiently cover the requirements of Article 7(8) and would

⁵⁶ See to that end the wording of Case C-673/17, *Planet49 GmnH v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, 1 October 2019.

also combat the issues described in the “free-trials” study to locate the trader and their (digital) addresses, as well as effectively terminate a contract, no matter if the content of the said contract is that of a subscription or otherwise.

In order to combat the most commonly used abuses of subscription contract types⁵⁷, specific attention must be given to the nature of such contracts. It would suit the UCTD well to address these individually and perhaps even independently from other contracts. In a temporal time-frame, the cancellation of a subscription contract, be it a free trial or a paid subscription, should be possible before and after the renewal of a contract. The idea behind this proposal is to effectively remove the problem of automatic renewal of subscriptions and would provide the consumer with the necessary freedom to cancel their subscription regardless of the terms of renewal. An example of such a rule can be taken from existing legislation in relation to electronic communications. Article 105(3) of Directive 2018/1972⁵⁸ provides for a sample wording to be used in this context: “*where a contract or national law provides for automatic prolongation of a fixed duration contract for electronic communications services other than number-independent interpersonal communications services and other than transmission services used for the provision of machine-to-machine services, Member States shall ensure that, **after such prolongation, end-users are entitled to terminate the contract at any time with a maximum one-month notice period**, as determined by Member States, and without incurring any costs except the charges for receiving the service during the notice period. **Before the contract is automatically prolonged, providers shall inform end-users**, in a prominent and timely manner and on a durable medium, of the end of the contractual commitment and of the means by which to terminate the contract*”.

Again, the importance herein lies with the possibility of cancelling a subscription contract in the case where a consumer is unaware of an approaching deadline of renewal. This will prove especially effective in preventing unwanted payments as a result of “free” trials becoming paid subscriptions. Regardless of this backup option, mandatory notification of

⁵⁷ Free trials report, p. 58-63.

⁵⁸ Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (Recast), OJ L 321, 17.12.2018, p. 36–214.

an approaching end of a free trial should be introduced. Similarly, as the “free trials” study indicated⁵⁹, for a large number of unused subscriptions which may have been forgotten by the consumer, mandatory notification of cancellation of a contract after a defined period of inactivity would be useful in identifying such subscriptions and reducing the risk of them continuing unnecessarily. This would be especially useful in cases where subscriptions do not have a clause for their eventual temporal termination but continue to be valid indefinitely.

In an alternative set of measures, an option in the choice of digital subscription contracts could be introduced to include a mandatory secondary offer for consumers when signing up for a subscription service. Essentially, consumers would be granted the choice between the normal automatic renewal type of subscription as well as a legally mandated contract option without an automatic renewal. Consumers would then first fulfil the requirement of actively choosing a contract type⁶⁰ as well as reduce the risk of further litigation from the trader’s side when the consumer claims to have been subject to an unfair contract term. In special subscription cases, it may even be made obligatory to set an expiration date for the contract in order to minimize the potential economic impact for the consumer. A possible threshold for such an obligation could lie in the value of the subscription, subject to further regulation by Member States.

In summary, digital contracts form a particular caveat in the protection of consumer rights, and whilst not all practices are currently clear-cut violations of the UCTD they do operate within certain uncovered or “grey zones” of the law. It is paramount that a proactive attitude to the aforementioned contractual issues is taken, in order to guarantee that current practices do not evolve to become outright violations, to which there is no redress for consumers. This legal certainty would also come to the benefit of relating consumer legislation, such as the UCPD and the CRD, to form a wider protection blanket for consumer rights.

Whilst both contractual and commercial consumer rights form two corners of the consumer pyramid, the basis of such a construct is formed by the basic consumer rights with regard to the goods which they purchase. As such, the CRD will be the last piece of the puzzle to be addressed in this research.

⁵⁹ Free trials report, p. 135.

⁶⁰ Ibid 50, p. 9.

4. How do I return my downloaded software? The difficulty of tangibility in digital consumer goods under the CRD

A vast majority of consumer goods purchased online still remain within the tangible medium of a physical good⁶¹ and are thus subject to the famous rights of return, right of withdrawal, and other EU consumer legislation milestones which are encoded in the CRD.⁶² Unfortunately, there are an increasing number of goods which, whilst purchasable, do not equivocate to goods that are or will ever be tangible in the sense of a physical good. Worse yet, some goods may have a fixed price but differ vastly in terms of their contents.

A famous and increasingly debated example of this is the emergence of so-called “lootboxes” in the gaming industry. The Internal Market and Consumer Protection Committee of the European Parliament has issued a study⁶³ into the effects of such lootboxes on the rights of consumers. To give a small insight into the concept of lootboxes, they essentially contain a randomized set of digital goods within the game that the lootbox corresponds to. The goods in question may take shape in the form of “skins”, “sound packs”, or other add-ons, which do not however affect the players’ performance within the game.⁶⁴ The issue with lootboxes is that their contents are randomized. This means that the consumer, at the time of purchasing the lootbox, is unaware of the actual good that they receive.⁶⁵ In addition to this uncertainty, the attributed value by gamers of certain goods translates to a form of trading, wherein goods are valued at different prices, even though the paid amount of the initial lootbox may be

⁶¹ European Commission, *Report to the European Parliament and the Council on the application of 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*, Brussels, 23.05.2017, COM/2017/0259 final.

⁶² See, to that effect, articles 8 and 9 CRD.

⁶³ Cerulli-Harms, A. et al., *Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers*, Publication for the committee on the Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020.

⁶⁴ King, D.L., Delfabbro, P.H. *Video Game Monetization (e.g., ‘Loot Boxes’): A Blueprint for Practical Social Responsibility Measures*, Int J Ment Health Addiction 17, p. 166–179 (2019), <https://doi.org/10.1007/s11469-018-0009-3>.

⁶⁵ Loot box study.

higher or lower, according to the attributed value of the good. The goods in question can then be traded with in-game currency or even be sold at a monetary value on websites.⁶⁶

It goes without saying that such practices are rather questionable, especially when confronted with the stringent product identification requirements of Article 6(1)a CRD.⁶⁷ It remains to be seen whether such products are subject to the definitions of the CRD or other legislation, and what enforcement mechanisms (if any) are available to a consumer to exercise their rights in this context.

Aside from the concrete example of lootboxes and their difficulties in product identification, the digital environment proves perhaps more challenging in one of the landmark EU consumer rights. Being this the right of withdrawal, enshrined in Article 9 of the CRD. The current digital purchasing environment is heavily influenced by the sales of software and aforementioned subscriptions.⁶⁸ Current consumer legislations have a considerable lack of withdrawal rights when it comes to the sale of software. The CRD and Article 9 thereof speak of “off-premise” contracts, by which it indicates any sales not conducted in classical brick-and-mortar stores. This also includes purchases concluded online.⁶⁹ Taking a closer look at the precise wording and provisions of Article 9, it reveals that whilst the place of conclusion of the contract may be online, there is still a certain expectation of a physical good to be delivered or exchanged for a monetary value.⁷⁰ Especially Article 9(2) reveals for the delivery modalities, that the rights bestowed in the article relating to the transportation of one (or many) physical goods. The CRD guidance issued by the Commission also does not elaborate on the withdrawal modalities of software which are downloaded by the consumer.⁷¹

⁶⁶ Matthew, C. *The macro problem of microtransactions: The self-regulatory challenges of video game loot boxes*, Business Horizons 62, Issue 4, p. 483-495 (2019), <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2019.03.001>.

⁶⁷ European Commission, *Commission notice Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights*, OJ C 525, 29.12.2021, p. 1-85.

⁶⁸ M. Loos, & J. Luzak, p. 45.

⁶⁹ CRD Guidance, p. 8.

⁷⁰ CRD Guidance, p. 10.

⁷¹ CRD Guidance, p. 10, as well as Case C-641/19, PE Digital, 8 October 2020, para. 41 – 46.

In addition, digital content subscriptions cause the added difficulty of defining the delivery of a good or service not only to be digital in its entirety but also to be temporal in nature. The consumer does not necessarily purchase the goods such as a movie or a song, but rather the access rights to consume such good for a given period of time.⁷² The natural question that arises is how far can such a contract be withdrawn from? What exact goods should be returned to the trader in order to fulfil the obligations of the consumer according to Article 14 CRD, when the right to withdraw of Article 9 CRD is exercised?

When combining these questions with the aforementioned fact that current subscription contracts often run for a cancellation period of one month, one must ask themselves how a right of withdrawal can be exercised within 14 days (in accordance with Article 9 CRD), when a consumer is contractually obligated to only revoke their subscriptions within one month.

The combination of the difficult tangibility of goods to be returned under Article 14 and cancellation terms which do not conform to the time period of 14 days cause, at best, a substantial grey area in consumer protection. In the worst of cases, such practices are vagrant breaches of basic EU consumer rights or perhaps can be argued to not fall at all within the scope of the protection that the CRD provides. It is thus vital to address these two main flaws in a potentially reviewed CRD.

4.1. Legislative changes to address these challenges

Given that the cancellation and return rights form the bulwark of consumer rights enshrined in the CRD, special attention must be given to the digital forms of goods or service provisions which circulate the market. As such, it would be beneficial for the scope of the CRD, if its Article 2(3) would be expanded to include digital goods of a non-tangible nature, much like the Commission has done in the UCPD's revision under the Omnibus Directive or the interpretations used in the Digital Content and Services Directive's article 2.⁷³ These specifications of goods may then be supplemented to include those such as the aforementioned lootboxes.

⁷² Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136, 22.5.2019, p. 1.

⁷³ Digital content and services directive.

As for lootboxes, the business model of randomization is inherent to the good which is sold to the consumer. However, this does not prevent the trader from being given an information obligation in a broader sense of the goods they sell to a consumer. An example of this could be the obligatory indication of probabilities of receiving a certain item within a lootbox. Since these types of purchases border that of gambling practices⁷⁴, the Commission recommendation on online gambling services⁷⁵ can be applied, even if it is only for its information obligations, such as those under recommendation 41:

“Commercial communications should not:

(a) make unfounded statements about chances of winning or the return that players can expect from gambling;

(b) (...)”.

These information obligations would (when adapted to lootboxes) serve as a solid basis to protect consumers from the potential risk of purchasing lootboxes, as well as discourage the exploitative trading of these goods for monetary value when they are resold.

When it comes to the cancellation of subscriptions with a duration of 1 month, the 14-day right of withdrawal could potentially be exercised through the introduction of a 14-day withdrawal button within the website (or an equivalent thereof) of the trader. If the trader fails to provide such a mode of cancellation, the cancellation may be possible at any time within 12 months, as per the existing default rule of article 10 CRD. Whilst technically that still leaves the question of physically returning the goods to be decided,⁷⁶ it provides at least an option for a cancellation that is within the remit of the established consumer rights of the CRD. It is also noteworthy to state that these options may be supplemented by cancellation suggestions in the realm of subscription contracts, as mentioned in the paragraphs on the UCTD. After all, most contract types, regardless of the

⁷⁴ Drummond, A., Sauer, J.D., Hall, L.C. et al. *Why loot boxes could be regulated as gambling*, Nat Hum Behav 4, p. 986–988 (2020), <https://doi.org/10.1038/s41562-020-0900-3>.

⁷⁵ European Commission, communication, *Recommendation of 14 July 2014 on principles for the protection of consumers and players of online gambling services and for the prevention of minors from gambling online*, OJ L 214, 19.7.2014, p. 38–46.

⁷⁶ Article 17(1) of Directive 2019/770 only refers to the “refraining from using the digital content or service”.

nature of their product, are currently sold as a subscription and therefore “access to” rather than “delivery of” said goods and services.⁷⁷ Again, this would be a question of explicitly defining this type of contract in either the UCTD or the CRD’s Article 2, in order to give it the desired legal effect.

On a final note to the suggestions stated herein and in the previous paragraphs, it is vital to ensure that, to cover the current grey zones and questionable practices of traders, a solid discouragement of circumvention of the existing and proposed rules is introduced. The DMA currently has an excellent example of such a provision, prohibiting traders from using contractual, technical, or behavioural measures to bypass obligations included in draft Article 8(1) of the DMA:

“The gatekeeper shall ensure and be able to demonstrate compliance with the obligations laid down in Articles (...) of this Regulation. The measures implemented by the gatekeeper to ensure compliance with those Articles shall be effective in achieving the objectives of this Regulation and of the relevant obligation. The gatekeeper shall ensure that the implementation of those measures complies with applicable law, (...), consumer protection, product safety, as well as with the accessibility requirements”.

This can then be *inter alia* applied to the UCPD, UCTD, and CRD if the wordings of “gatekeeper” are adapted to traders and the economic harm done to a consumer. It would serve as a solid basis for possible redress or enforcement cases, should traders nonetheless engage in circumvention practices that would aim to minimize the level of protection of consumers, which is currently provided for in EU law.

5. Conclusions

The UCPD, UCTD, and CRD are the cornerstones of consumer protection across the European Union. They have had an effect on all traders within and even outside of Europe who wish to sell their goods to consumers in the internal market. Big technology platforms are no exception to this, with Amazon, Alibaba, and various other platforms pledging to respect EU consumer rights on their platforms with their products.⁷⁸ This has, however, proven insufficient for consumers who are faced with small

⁷⁷ Digital content and services directive, Article 2(1).

⁷⁸ European Commission, press release, *European Commission and four online marketplaces sign a Product Safety Pledge to remove dangerous products*, Brussels, 25.06.2018, IP/18/4247.

and medium-sized traders, wishing to exploit the marketing, sales and withdrawal caveats of the online environment.

It has become apparent that traders no longer use the mere simplicity of visual or text advertisements but engage in advanced processing of consumers' data to personalize the offers presented based on mood or even psychological factors. These subliminal techniques of advertisement must be identified and contained to the restraints of the current UCPD legislation. It is necessary, for that reason, to revisit the concept of a vulnerable consumer and expand on information obligations in advertising of traders in the business-to-consumer relationship. To that end, inspiration can be drawn from existing digital EU legislation such as the AI Act and its Article 5, which can serve as a solid basis for establishing the respect of freedom of choice of a consumer without the influence of data-driven and dubious commercial practices.

As for the UCTD, the emergence of digital contracts (and more specifically, digital subscription contracts) has proven a great obstacle to the effective implementation of consumer contract rights. The answer, however simple it may sound, is also of vital importance to this directive: provide expansive information obligations. Both for contracts in general, as well as subscriptions, free trials and numerous other contract types, a huge potential for abuse exists when consumers are not sufficiently informed of the terms and conditions to which they agree. In order to enforce these obligations beyond the existing framework of Article 5 UCTD, traders must provide alternative solutions to their contracts, such as the removal of indefinite "silent" renewal of contracts, mandatory options for set-time contracts as well as requiring the explicit consent of a consumer to the presented terms (so-called removal of pre-ticked boxes). Herein, Article 105 of the European Electronic Communications Code is used as a sample of potential amendments to the UCTD.

Finally, the CRD, with its landmark rights of withdrawal in Article 9 is also facing pressure from digital markets when it comes to the identification of non-tangible goods and their withdrawal modalities. Digital goods such as lootboxes challenge the definition of "goods" used in the directive and present the opportunity for practices that reach beyond consumer rights to the realm of borderline gambling practices. Such goods should be carefully monitored, as their potential for abuse is potentially endless. In addition, subscription contracts challenge current withdrawal periods

of 14 days, something which EU consumer law has been priding itself in as a baseline for protection and tangible enforcement of its rights. Such rights must be translated to the digital environment by means of specific withdrawal buttons, as well as the aforementioned information obligations. They must detail the withdrawal modalities and return policies of digital content to avoid leaving both the average and vulnerable consumer in a digital loophole.

Summarizing the problems and proposed solutions, a cautious conclusion can be drawn about the underlying research question. Whilst current EU consumer laws are prized achievements of legislative harmonisation, they are no longer fit to serve the needs and challenges of consumers who shop in a digital environment. Substantive nuances need to be added to the existing frameworks to cover the ever-increasing potential for loopholes and subsequent abuse by traders. Digital markets are a fast-evolving space, and with a progressive set of future-proof changes can the EU legislator ensure that the goal of Article 169 of the TFEU will be achieved. Only then will EU consumer law be fit for purpose when it comes to the challenges of purchases in the digital environment.

OS DADOS PESSOAIS COMO CONTRAPRESTAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMO – ANÁLISE DO FACEBOOK À LUZ DO NOVO REGIME LEGAL

DIANA CAMÕES*

Sumário: I. Introdução. II. Dados Pessoais como Contrapartida: Admissibilidade pela Diretiva 2019/770? III. Problemas Levantados pela Opinião 4/2007 da AEPD. IV. Conceito de Dados Pessoais à luz do RGPD. V. Enquadramento do DL nº 84/2021. VI. Facebook – Mudança de Paradigma. 1. O Âmbito de Aplicabilidade Subjetivo do DL nº 84/2021 ao Facebook. 2. O Artigo 3º/3, alínea b). 3. A Natureza deste Serviço. 4. Haverá uma Obrigação de Fornecer os Dados Corretos? 5. Os Fundamentos de Licidade. VII. Os Direitos dos Consumidores. VIII. Conclusão

Resumo: O presente artigo visa analisar a temática dos dados pessoais enquanto contraprestação, à luz do regime consagrado pelo DL nº 84/2021, na sequência da transposição resultante da Diretiva 2019/770. Para o efeito, analisa-se o exemplo paradigmático do Facebook, o âmbito de aplicabilidade aos respetivos regimes legais, os fundamentos de licitude do tratamento dos dados pessoais, bem como os Direitos dos Consumidores.

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola do Porto); Mestranda em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola do Porto) e Pós-Graduada em Direito da Proteção de Dados pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Palavras-Chave: Direito do Consumo; Dados Pessoais; Contraprestação; Facebook.

I. Introdução

Num mundo global e digitalizado, os dados pessoais apresentam um valor imprescindível. Deste modo, coloca-se o problema de saber se eles poderão, ou não, constituir uma verdadeira prestação nas relações de consumo. Nos nossos dias, estamos constantemente a partilhar dados, mesmo que disso não tenhamos consciência. Eles são, conforme afirma JORGE MORAIS CARVALHO, “o novo petróleo, sendo um importante bem transacionável”¹. Trata-se, por isso, de um problema controverso e bastante atual, pois, como assinala MADALENA NARCISO, cada vez mais há contratos de fornecimento de conteúdos digitais a serem concluídos a troco de dados pessoais². Afinal, as plataformas digitais, pese embora não impliquem, na maioria dos casos, uma contraprestação monetária (dando, assim, uma aparência de gratuidade³), levam-nos ao problema de saber se o fornecimento de dados pessoais poderá constituir uma contraprestação. Nos nossos dias, eles tornaram-se numa “parte integral de muitos produtos, serviços e transações, particularmente no mundo digital”⁴, o que implica um cuidado acrescido na proteção dos consumidores.

¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª edição, Almedina, 2021, p. 62. Cfr MARTINEZ VELENCOSO e SANCHO LÓPEZ, “El Nuevo Concepto de onerosidade en Mercado Digital, ¿Realmente es gratis la App?”, in *Indirect Revista para El Análisis del Derecho*, nº 1/2018, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6392379>, p. 20.

² MADALENA NARCISO, “Dados Pessoais como Contraprestação em Contratos de Consumo, Breve Reflexão”, in *Anuário Nova Consumer Lab*, Ano I, 2019, pp. 130-131.

³ ALEX METZGER, “Data as Counter-Performance, What Rights and Duties do Parties Have”, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017. Disponível em <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528>, p. 1.

⁴ NATALI HELBERGER et alii, “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, No. 5, 2017, p. 1430.

II. Dados Pessoais como Contrapartida: Admissibilidade pela Diretiva 2019/770⁵?

Recentemente, as Diretivas 2019/770 e 2019/771⁶ vieram densificar a regulação ao nível dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, tendo como objetivo essencial a aplicação e o estabelecimento de regras claras para os serviços abrangidos pelo seu âmbito de aplicação⁷. Ambas são “complementares, não coincidindo em nenhum caso”⁸.

A Diretiva nº 2019/770 assumiu um papel vanguardista nesta matéria, abrindo portas à possibilidade de os dados pessoais assumirem a natureza de contraprestação. Desde logo, advoga-se que “o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador”⁹, prevendo-se, ainda, no Art. 3º/1, a aplicabilidade da Diretiva “aos contratos em que o profissional forneça conteúdos digitais e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais”¹⁰. MATILDE BETTENCOURT salienta que esta preocupação do legislador visou reconhecer a “existência de modelos de negócios

⁵ A regulação destas matérias não é nova. No nosso ordenamento jurídico, o Art. 8º/1 da LDC introduziu algumas luzes ao nível dos direitos que o prestador de serviço deve assegurar ao consumidor. Estamos, conforme assinala ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, 1ª edição, Almedina, pp. 76-77, perante “uma lei-quadro onde se encontram vertidos os grandes princípios ou vetores axiológicos gerais da proteção constitucional e internacional aceites na matéria”. Ademais, o DL nº 24/2014, resultado da transposição da Diretiva 2011/83/EU, introduziu uma definição de conteúdo digital, ou seja, os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos, independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou streaming, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio”. Para uma análise detalhada, vide ALEXANDRA DIAS PEREIRA, *Estudos de Direito da Informática*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87707/1/Direito%20da%20Inform%C3%A1tica%20Estudos%20Vol%20I.pdf>, pp. 109-114.

⁶ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019 e Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019.

⁷ Considerando 10 da Diretiva

⁸ JORGE MORAIS CARVALHO, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, in *Revista Eletrónica de Direito*, Vol. 20, nº 3, 2019, p. 66. A Diretiva 2019/771 dá um especial foco às garantias do consumidor. Ainda assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 5ª Edição, Almedina, 2021, pp. 81-82, postula que “a diferença do campo de aplicação das duas diretivas faz-se pela natureza do objeto e não pelo tipo contratual”.

⁹ Considerando 24 da Diretiva 2019/770. Vide, igualmente, o Art. 3º/1.

¹⁰ Ademais, nos termos o Art. 3º/1 *in fine* e o Considerando 25 da Diretiva, o seu regime não será aplicável aos casos em que (i) os dados pessoais facultados pelo consumidor sejam *exclusivamente* tratados pelo profissional para fornecer conteúdos/serviços digitais ou (ii) que

que assentam no fornecimento de conteúdos digitais em troca de acesso a dados (...) e garantir que estes contratos estão sujeitos aos mesmos requisitos em termos de proteção do consumidor”¹¹. A autora vai mais longe, considerando mesmo que, caso não existisse esta regulamentação, criar-se-ia uma situação de discriminação injustificada entre ambas as situações. Não obstante, a versão final contrastou em alguns aspetos com a Proposta Inicial da Diretiva. Desde logo, a Proposta Inicial referia-se, expressamente, ao fornecimento de dados pessoais como *contraprestação*. Ademais, adotava-se um conceito restrito de consumidor, incluindo-se, apenas, aqueles que forneciam os dados pessoais ativamente¹². Ficariam, pois, excluídas as situações em que o consumidor apenas passivamente os fornecia, mormente em caso de recolha para cumprimento do contrato (por exemplo, localização geográfica) ou situações em que fossem recolhidas informações por *cookies*, sem que o consumidor as tivesse ativamente fornecido¹³. Neste sentido, MADALENA NARCISO considera que esta exclusão colocaria o consumidor numa “posição duplamente prejudicial”, pois não só fornecia os dados sem ter consciência disso, como não teria a proteção da Diretiva¹⁴. Ademais, a doutrina advoga que essa distinção não se poderia coadunar com a realidade destes serviços, ignorando, também, a proteção conferida pelo RGPD ainda mais acentuada nestas situações¹⁵. A versão final, todavia, não distingue entre os dados fornecidos ativa ou passivamente. Além disso, e para colmatar as críticas assinaladas, eliminou-se qualquer referência ao termo *contraprestação*.

estes se destinem apenas ao cumprimento de obrigações legais não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins.

¹¹ MATILDE BETTENCOURT, “A Proteção do Consumidor em Contratos Digitais: Análise dos Contratos celebrados com Dados Pessoais como Contraprestação”, in *Anuário do Nova Consumer Lab*, Ano 3, 2021, p. 395. No mesmo sentido, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Direito cit.*, p. 64.

¹² O Considerando 14 da Proposta da Diretiva 2019/770 dá como exemplo o fornecimento do nome, endereço eletrónico ou fotografias, isto é, casos em que o “fornecedor solicita e o consumidor lhe entrega ativamente os dados”.

¹³ Considerando 14 da Diretiva 2019/770.

¹⁴ MADALENA NARCISO, *Dados cit.*, p. 143.

¹⁵ Neste sentido, *vide* ROBERT ROMAIN e LARA SMITROMAIN, *The Proposal for a Directive on Digital Content: A Complex Relationship with Data Protection Law*, in ERAFORUM, 19 de abril de 2018. Disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0506-7.pdf>, p. 166.

III. Problemas levantados pela Opinião 4/2017 da AEPD

A Opinião 4/2017 da Associação Europeia para a Proteção de Dados¹⁶ levantou vários problemas à admissibilidade dos dados pessoais assumirem a natureza de contraprestação nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais. Desde logo, considera-se que a noção de contraprestação não se encontra bem densificada na proposta apresentada. Na ótica da AEPD, o caráter fundamental do direito à proteção de dados¹⁷ na ordem jurídica europeia não se coaduna com o emprego da noção contraprestação, dado que eles não podem ser considerados uma “mera mercadoria”. Além disso, existiria uma diferença prática entre o fornecimento de dados e o pagamento de um preço monetário: ao passo que, na primeira situação, os consumidores sabem que estão efetivamente a pagar determinado preço, o mesmo não sucede quando fornecem os seus dados pessoais no mundo digital¹⁸. A doutrina, pese embora reconheça não existir esta equivalência¹⁹, não deixa de reconhecer a importância económica dos dados pessoais para ambas as partes. Conforme assinala JAVIER CALVO, a importância dos dados não se esgota na transmissão por parte do utilizador, podendo o empresário transmiti-lo a título oneroso a terceiros²⁰.

Saliente-se, ainda, que a AEPD adotou uma postura crítica no que concerne à distinção entre dados fornecidos ativa ou passivamente, pois, conforme já tivemos de aferir, tal não se encontra em conformidade com a

¹⁶ Opinião 4/2017 de AEPD, de 14 de março de 2017.

¹⁷ Para uma análise da proteção ao nível da CDFUE, cfr. MARIA LEONOR DA SILVA TEIXEIRA, “A União Europeia e a Proteção de Dados Pessoais Uma Visão Futurista”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 134, nº 135, setembro de 2013, pp. 73-86. De um ponto de vista interno, importa realçar o Art. 35º da CRP, cuja finalidade reside em evitar intromissões excessivas na vida privada através da recolha e tratamento de dados pessoais. A este propósito, ALEXANDRE PINHEIRO, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, 1ª edição, AAFDL, 2015, p. 777, defende que a proteção de dados deve ser integrada num direito de maior latitude, o direito à identidade informacional, dado estar em causa uma personalidade composta por várias posições jurídicas.

¹⁸ Como alternativa, sugeriu-se a adoção do termo serviço. Opinião 4/2017, p. 10. Não concordando com esta proposta, MATILDE BETTENCOURT, cit., p. 402.

¹⁹ Neste sentido, MADALENA NARCISO, cit., p. 140. Sobre esta temática, cfr. MARIA DE ALMEIDA ALVES, “Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services & the EU Data Protection Legal Framework: Are Worlds Colliding?”, in *EU Law Journal*, Vol. 5, nº 2, julho de 2019, pp. 37-48

²⁰ JAVIER MARTÍNÉZ CALVO, “Los Datos Personales como posible Contraprestación en los Contratos de Subministro de Contenidos y Servicios Digitales”, *InDret*, 4.2021, p. 103.

Diretiva, ignorando-se que, nos casos em que os dados são fornecidos ativamente, o consumidor merece uma proteção redobrada²¹.

IV. Conceito de Dados Pessoais à luz do RGPD

A Diretiva 2019/770, no Art. 2º/8, remete a noção de dados pessoais para o postulado no RGPD. Torna-se, por isso, primordial saber qual o seu significado. Neste sentido, os dados Pessoais, na aceção do Art. 4º/1 do RGPD, correspondem às informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável²². Esta formulação final inspirou-se largamente no Parecer nº 4/2007 do GT'29.

Ainda assim, a definição apontada considera-se flexível e adaptável às evoluções tecnológicas que possam ocorrer²³, sendo que, ao longo dos anos, a jurisprudência tem exercido um papel primordial na densificação do conceito²⁴. Desde logo, exige-se que haja qualquer informação, isto é, dados que forneçam qualquer tipo de declaração sobre uma pessoa, abrangendo potencialmente qualquer “tipo de informação, objetiva como subjetiva sob a forma de opiniões ou apreciações”²⁵. No que concerne ao tipo de informações, o RGPD aplicar-se-á independentemente “do formato em que a informação seja recolhida e do suporte em que se encontre armazenada”²⁶. Ademais, esta terá de ser “relativa a uma pessoa”, ou seja, quando é “sobre essa pessoa”²⁷. A este nível, postula-se que, para uma informação ser relativa a uma determinada pessoa, tornar-se-á necessário que se verifique um elemento de conteúdo, finalidade ou de resultado²⁸.

²¹ Opinião 4/2017, p. 12.

²² Podemos, assim, concluir que o “conceito de informação pessoal extravasa o sentido que normalmente lhe é atribuído”. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*, 1ª edição, Almedina, 2021, p. 81-83.

²³ Neste sentido, NADEZHDA PURTOVA, “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, in *Law, Innovation and Technology*, Vol. 10, nº 1, pp. 40-81, 2018, p. 44.

²⁴ Para uma análise detalhada, vide CHRISTOPHER KUNER et alii, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) – A Commentary*, Oxford University Press, 2020, pp. 110-115.

²⁵ Ac. do Tribunal de Justiça, de 20 de dezembro de 2017, Novak c. Data Protection Commissioner, C-434/16, parágrafo 34.

²⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Dados Pessoais: Conceito, Extensão e Limites”, in *Revista de Direito Civil*, Ano III, nº 2, 2018, pp. 302-303.

²⁷ Formulação utilizada pelo Parecer nº 4/2007 do GT'29. No mesmo sentido, cfr. Ac. do TJUE, de 20 de dezembro de 2017, Novak c. Data Protection Commissioner, C-434/16, parágrafo 35.

²⁸ Para mais detalhe sobre estes requisitos, algo que não nos incumbe aqui tratar, vide Parecer nº 4/2007 do Grupo de Trabalho ao Artigo 29, pp. 10-11.

Finalmente, exige-se que esta seja “identificada ou identificável”, sendo aqui relevante o Considerando 26 do RGPD. Ora, esta identificação poderá ser direta, mormente sempre que seja possível, com os dados existentes, identificar determinada pessoa. Já será identificável, e como aponta A. MENEZES CORDEIRO, “sempre que haja uma probabilidade razoável de o responsável pelo tratamento²⁹ ou de terceiros conseguirem identificar, através da conjugação de informação adicional à que detêm, a identidade do titular dos dados”³⁰. Para esta determinação, adota-se um critério de razoabilidade, sendo relevantes todas as condutas³¹.

V. Enquadramento do DL nº 84/2021

Através do DL nº 84/2021³², cuja entrada em vigor ocorreu a 1 de janeiro de 2022, procedeu-se à transposição de ambas as Diretivas³³. Tal diploma assumiu um enorme relevo, visando salvaguardar a proteção do consumidor, bem como a adaptação do regime à dimensão digital do mercado.

Na linha da Diretiva 2019/770, o DL nº 84/2021 alarga o seu âmbito de aplicação aos “contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou serviços digitais em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor se comprometa a facultar dados pessoais” [Art. 3º/3, alínea b)]. Outra opção não haveria, dado tratar-se de uma matéria de harmonização. Permitiu-se, assim, colmatar uma “lacuna na ordem jurídica nacional”³⁴. O objetivo, claro está, é o de assegurar a proteção do consumidor, possibilitando-lhe o exercício

²⁹ No entanto, conforme é salientado no Ac. do Tribunal de Justiça, de 19 de outubro de 2016, Breyer c. Bundesrepublik Deutschland, C-582/14, parágrafo 46, não é necessário que a informação se encontre toda na mão da mesma pessoa.

³⁰ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados à Luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*, 1ª edição, Almedina, 2020, p. 122.

³¹ Para uma análise mais detalhada do critério da razoabilidade, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, pp. 122-125.

³² DL nº 84/2021, de 18 de outubro de 2022.

³³ Para uma análise do direito comparado espanhol quanto à transposição da Diretiva, cfr. ESTHER ARROYO AMAYUELAS, “Entra en Vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor”, in *Revista de Derecho de Consumo*, nº 41/2022, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/182987/1/718069.pdf>.

³⁴ SANDRA PASSINHAS, “O Novo Regime da Compra e Venda de Bens de Consumo – Exegese do Novo Regime Legal”, in *Revista de Direito Comercial*, 2021, p. 1466.

dos respetivos direitos em caso de incumprimento. Ademais, à semelhança da Diretiva 2019/770, exclui-se do âmbito de aplicação as situações em que os “dados pessoais se destinem ao uso exclusivo pelo profissional para o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais ou ao cumprimento dos requisitos legais a que está sujeito, não se procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins” (Art. 3º/3, alínea b) *in fine*). A este propósito, a CNPD alertou para a necessidade de se densificar claramente que o objetivo desta disposição não é o de promover uma mera “conceção monetarista dos dados pessoais, mas apenas garantir o direito a meios de ressarcimento em caso da falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais”³⁵. Por outro lado, a CNPD alertou o legislador para o facto de a transposição literal da Diretiva poder induzir uma interpretação contrária à *ratio* do Art. 35º da CRP e 8º da CDFUE.

VI. O Facebook – Mudança de Paradigma

Atualmente, o Facebook é a rede social com mais sucesso a nível mundial, apresentando mais de 2.3 biliões de utilizadores. Ora, sempre que se procede à criação de uma conta, o utilizador pensa que se trata de algo totalmente gratuito. Torna-se quase instantâneo: a conta é criada e, na maioria dos casos, nem nos apercebemos das possíveis consequências que daí possam advir. Pese embora a plataforma continue a apregoar uma aparente gratuidade, a verdade é que a jurisprudência começa a dar os primeiros passos de inversão desta narrativa. Recentemente, a Autoridade de Concorrência Italiana³⁶ avaliou se o Facebook poderia mesmo ser considerado uma rede social gratuita e se tal informação, fornecida aos utilizadores aquando da criação da sua conta, não seria claramente enganadora. Neste sentido, concluiu que sim, assinalando que não são dadas as informações necessárias quanto ao modo como os dados pessoais serão efetivamente tratados e transferidos internacionalmente com um intuito comercial, advogando-se que “o engano é agravado pela circunstância de, na utilização do Facebook, os fins comerciais se confundirem com os fins sociais e culturais”³⁷. Ora, esta é uma decisão pioneira e bastante

³⁵ Parecer/2021/100 da CNPD, p. 2.

³⁶ Caso da Autoridade de Concorrência e Garantia do Mercado, de 9 de março de 2021, processo nº 28601.

³⁷ Parágrafo 55.

relevante, pois, como postula DONATO MATERA³⁸, o primeiro passo para uma proteção efetiva dos consumidores passa pelo reconhecimento de que os dados pessoais poderão constituir uma contraprestação. Esta decisão terá uma enorme relevância, assumindo um caráter essencial na densificação desta matéria.

1. O Âmbito de Aplicabilidade do DL nº 84/2021 ao Facebook

A aplicabilidade do Art. 3º/3, alínea b) do DL nº 84/2021 pressupõe, desde logo, que haja uma relação de consumo entre um profissional e o consumidor. Profissional, nos termos do Art. 2º, alínea o), é toda a “pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo DL”. *In casu*, a Meta Platforms Ireland Limited é uma pessoa coletiva de direito privado, atuando no âmbito da sua atividade, isto é, a promoção de plataformas digitais, como o Facebook, Instagram e WhatsApp, por exemplo.

Mais interessante é, no entanto, ver se do lado do utilizador há verdadeiramente um consumidor³⁹, interessando, particularmente, a definição dada pelo Art. 2º, alínea g), segundo o qual será toda “a pessoa singular que atue com fins que não se incluem no âmbito da sua atividade comercial, artesanal ou profissional”. A noção é menos ampla do que a dada pelo Art. 2º/1 da Lei nº 24/96⁴⁰. Ora, à primeira vista, qualquer utilizador poder-se-á incluir no conceito de consumidor, especialmente considerando que não há qualquer intuito profissional, dado a conta ser dedicada a fins exclusivamente pessoais. Porém, as realidades têm mudado e, cada vez mais, as redes sociais são um veículo para o mundo dos negócios, permitindo a criação de páginas (de gostos) relacionadas com projetos profissionais. Será que, mesmo nessas situações, ainda poderemos considerar que cabe no

³⁸ DONATO MATERA, “Personal Data as Counter-Performance and Consumer Protection, an Unfair Commercial Practices Italian Decision”, in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, 2021, disponível em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/personal-data-as-counter-performance-and-consumer-protection-an-unfair-commercial-practices-italian-decision/>.

³⁹ Quanto à evolução do conceito de consumidor, tema que aqui não nos apraz desenvolver, cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito cit.*, pp. 45-73; e JORGE MORAIS CARVALHO, “O Conceito de Consumidor no Direito Português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 14, 2018, Centro de Direito do Consumo, pp. 185-232.

⁴⁰ Lei nº 24/96, de 31 de julho.

conceito de consumidor? A este propósito, SANDRA PASSINHAS⁴¹ realça, e bem, que a exigência da não inclusão no âmbito da sua atividade é mitigada pelo Art. 49º, que consagra que nada obstará à aplicação do regime, conquanto a finalidade comercial não seja a finalidade predominante no contexto global. Claro está que isto se encontra, de algum modo, relacionado com o uso misto (uso profissional e não profissional), sendo que, na ótica de JORGE MORAIS CARVALHO⁴², o melhor critério será o de averiguar qual é o uso predominante (isto é, com que finalidade predominante é utilizado o Facebook – se para efeitos profissionais ou meramente pessoais). Adicionalmente, não poderão relevar os conhecimentos específicos do negócio em causa⁴³. Por conseguinte, tudo dependerá de uma análise casuística que nos permita averiguar a que título é utilizada a conta: se para o perfil pessoal ou, ao invés, para a promoção da atividade profissional. Mais complicado se afigura, no entanto, o exemplo dos *influencers*⁴⁴. De facto, torna-se mais frequente observar a existência de *influencers* no Instagram, comparativamente com o Facebook. Ainda assim, eles existem e, em muitos casos, o uso profissional é claramente predominante, mormente nos que têm mais seguidores ou partilhas das suas publicações, dado que aqui existe um uso meramente profissionalizante que extravasa claramente a mera utilização pessoal⁴⁵. Aliás, tal carácter é visível na publicidade constante e na promoção de produtos, evidenciando-se, claro está, o carácter profissional que irá obstar à aplicação do regime nestas situações.

⁴¹ SANDRA PASSINHAS, O Novo cit., p. 1479; e, também, JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais- Anotação ao DL nº 84/2021*, de 18 de outubro, Almedina, 2022, p. 32.

⁴² JORGE MORAIS CARVALHO, O Conceito cit., p. 202.

⁴³ JORGE MORAIS CARVALHO, Direito cit., p. 36.

⁴⁴ Para a problemática da publicidade feita pelos influencers no mundo digital, vide JÉSSICA MAIA FERREIRA, *Publicidade Invisível – o Problema dos Influencers Digitais*, Vol. I, Tese de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2021. Além do mais, e como salienta ALYNE CALISTRO, “Responsabilidade Civil dos Influencers digitais”, in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, Ano 2 – 2020, p. 169, “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 empresa”.

⁴⁵ No mesmo sentido, MARTA FRIES, “Data as Counter-Performance in B2B Contracts”, 2019, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3464602>, p. 5.

De todo o modo, parece evidente que, na maioria dos casos, os utilizadores criam a sua conta com um intuito meramente pessoal, pelo que se inserem necessariamente na aceção dada pelo Art. 2º, al. g). Afinal, e sendo o Facebook a rede social mais utilizada a nível mundial, não deixa de ser evidente que nessas situações ele é criado com um intuito meramente privado. Seja através da partilha de fotografias, reflexões, publicações consideradas interessantes, trata-se de uma ferramenta de partilha com os amigos⁴⁶. Como é evidente, mesmo nestes casos, nada obstará a que a conta de Facebook possa ser utilizada também para divulgação da carreira profissional e objetivos almejados. No entanto, e conforme assinalado, nessa situação, o Art. 49º postula que deveremos dar prevalência ao uso predominante e aí, claro está, este terá de ser manifestamente um uso pessoal, para que possamos aplicar este diploma.

Além disso, mesmo nestas situações dever-se-á equacionar a aplicação da LDC. Nos termos do Art. 2º/1, considera-se consumidor “todo aquele⁴⁷ a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Assim, na utilização do Facebook, há a prestação de um serviço (uso da rede social), tendo esta atuação um intuito pessoal em praticamente todas as situações, excetuando os casos elencados (e, mesmo sendo misto, aplicam-se as considerações supracitadas). Por outro lado, sendo este serviço prestado pelo Grupo Meta, podemos aferir que este é prestado por uma pessoa coletiva que exerce a atividade de redes sociais, visando a obtenção de benefícios (será necessariamente o lucro, sendo que a forma como ele é almejado será aferida mais à frente).

2. O Artigo 3º/3, alínea b)

Além da existência de uma relação de consumo na aceção do DL, importa agora aferir o seu âmbito de aplicabilidade objetivo, mormente à luz do

⁴⁶ Como é demais evidente, o conceito de amigos no Facebook tem um âmbito de aplicação mais abrangente do que a conotação que lhe damos habitualmente. Claro está que haverá situações em que o perfil é privado e apenas se aceitam amigos e/ou conhecidos. Porém, em muitas situações, o conceito de amigos engloba, também, desconhecidos, cujo único ponto de ligação é a rede social. Aliás, o limite de 5000 amigos fala por si, já que, sendo atingido esse patamar, parece difícil que alguém conheça tantas pessoas.

⁴⁷ Não se faz qualquer distinção quanto às pessoas singulares ou coletivas.

artigo 3º/3, alínea b). Desde logo, estamos diante de um serviço digital, ou seja, um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital. Este artigo deve, pois, ser analisado de uma perspetiva tripartida:

- (i) em contrapartida do serviço prestado, o consumidor compromete-se a partilhar os dados pessoais⁴⁸ ao profissional;
- (ii) exceto quando os dados pessoais se destinarem ao tratamento exclusivo pelo profissional para o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais;
- (iii) ou ao cumprimento dos requisitos legais a que está sujeito.

Ora, a noção de dados pessoais, já aqui abordada, é aquela que consta do RGPD. Ao ser criado um perfil, o utilizador é confrontado com o slogan “adira, é gratuito”⁴⁹. Solicitam-se, em primeiro lugar, dados identificativos, mormente o nome, a data de nascimento, o género, o e-mail/número de telemóvel. De seguida, é solicitado o acesso (e isto dependendo de por qual se optar) aos contactos, para que o Facebook possa “agilizar” o processo de adicionar amigos⁵⁰.

Aqui reside um dos problemas. Desde logo, os dados pessoais que acabaram de ser mencionados são vitais para que seja possível aceder à criação da conta, pois sem isso não será possível fazê-lo, o que nos pode levar a concluir que, neste aspeto, será essencial para que possa aceder à rede social, sendo que, pelo menos deste ponto de vista, não fará sentido falar numa contrapartida. Todavia, os utilizadores ultrapassam largamente aquilo que seria considerado indispensável para poder aceder à conta e, “voluntariamente”⁵¹, fornecem mais dados ao Facebook para terem acesso a uma maior personalização da sua conta⁵². Não podemos ignorar que,

⁴⁸ Conforme assinala JORGE MORAIS CARVALHO, *A Compra cit.*, p. 28, pese embora não se faça menção à noção de dados pessoais, parece resultar que o conceito será o mesmo do RGPD.

⁴⁹ Algo que, conforme já tivemos a oportunidade de ver, levou a jurisprudência italiana a considerar tal prática inadmissível por induzir em erro o consumidor.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos sobre todos os passos, cfr. ARI EZRA WALDMAND, “Privacy, Sharing, and Trust: The Facebook Study”, *in Case Western Reserve Law Review*, Vol. 67, Issue 1, Artigo 10, pp. 205-213.

⁵¹ Algo discutível, conforme se verá nas exigências do consentimento.

⁵² Neste sentido, *vide* KLAUS WIEDEMANN e KLAUS BOTRA WIEDEMANN, “A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook”, *in International Review of Intellectual Property*

grande parte do financiamento da rede social advém dos anúncios publicitários realizados e, só através dos dados fornecidos pelos utilizadores, é que é possível almejar este fim⁵³. Aliás, a própria política de privacidade do Facebook reconhece que os dados pessoais recolhidos permitem “selecionar e personalizar anúncios, ofertas e outros conteúdos patrocinados”⁵⁴. Neste contexto, afirma-se, também, que estes dados são partilhados com parceiros externos, não havendo, na ótica do Facebook, venda dos dados pessoais a nenhuma entidade. Entre estas destacam-se os parceiros que utilizam os seus serviços, anunciantes, parceiros de mediação, parceiros que fornecem os seus bens e serviços e autoridades ou pedidos legais. Claro está que é bastante discutível que os direitos dos consumidores estejam plenamente a ser cumpridos, mormente o direito à informação em particular (Art. 8º/1, al a) da LDC), dado que os utilizadores não são informados de forma clara, objetiva e adequada sobre o modo como os seus dados são utilizados⁵⁵.

Assim, a utilização que o Facebook faz da utilização dos dados pessoais extravasa, largamente, aquela que seria a sua funcionalidade normal. Na verdade, ao ser criada a sua conta, o consumidor não tem a percepção de que todas as suas interações serão de algum modo fornecidas a terceiros para efeitos promocionais e das diversas “ofertas”.

Deste modo, podemos aferir que existe uma dicotomia assinalável. Se, por um lado, os dados pessoais iniciais são primordiais para a funcionalidade da rede social, *a posteriori*, os utilizadores poderão ver os seus dados ser partilhados para outras entidades, em contrapartida da publicidade adequada às suas preferências⁵⁶. Claro está que tal acaba por constituir

and Competition Law, 51, 1168–1181, 2020, disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-020-00990-3.pdf>, p. 1175.

⁵³ Como é afirmado pelo Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof), de 23 de junho de 2020, KVR 69/19, parágrafos 62-63, “The particular attractiveness of advertising on and via the social network for companies interested in advertising their products and services stems from the fact that, based on the user data, the companies are able to specifically target their ads to individual users”.

⁵⁴ Política de Privacidade do Facebook.

⁵⁵ A política de privacidade deveria, por isso, ser clara (numa linguagem que facilmente seja percebida pelo cidadão comum), objetiva e adequada (da sua leitura deveria resultar claramente os efeitos a dar aos dados em causa), o que não se sucede na prática.

⁵⁶ CEMRE BEDİR, *Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, 2018, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648092, pp. 19 e ss.

uma verdadeira contrapartida do serviço prestado, perdendo esta rede social o caráter gratuito que lhe está associado. Sendo esta uma sociedade da informação e conexão à escala mundial, a sua utilização tem um efeito monetário claramente assinalável⁵⁷. Parece, pois, que nestas situações se poderá inserir no âmbito de aplicação objetivo do DL nº 84/2021.

3. A natureza deste serviço

A doutrina tem debatido amplamente que natureza poderá existir nos serviços digitais, mormente nas redes sociais como o Facebook, em que o utilizador não paga uma quantia monetária pelo seu uso, mas que, ainda assim, fornece os seus dados considerados primordiais para o Grupo Meta. Coloca-se, assim, o problema de saber se este tem uma natureza gratuita ou se, por sua vez, é oneroso. Os contratos gratuitos são aqueles que originam vantagens para apenas uma das partes (existindo, por isso, um espírito de liberalidade) e serão onerosos quando pressuponham “atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo umnexo ou relação entre as referidas atribuições patrimoniais”^{58 59}.

A este propósito, há quem defenda que, nestas situações, existe onerosidade. Assim, JORGE MORAIS CARVALHO, fazendo uma interpretação atualista das normas, postula que, pese embora não seja pago um preço, o fornecimento dos dados pessoais permite equilibrar a prestação, podendo, em determinadas situações, promover um desequilíbrio devido à relevância dos dados fornecidos⁶⁰. No mesmo sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA considera que, havendo o fornecimento dos dados pessoais, é “reconhecido um conteúdo de aproveitamento patrimonial, o qual pode funcionar como contrapartida prestacional num contrato que haja sido

⁵⁷ No caso já mencionado, o tribunal alemão considerou serem inadmissíveis os termos de privacidade apresentados pelo Facebook, dado forçarem os utilizadores a consentirem na recolha dos dados pessoais por entidades terceiras. Fica, assim, claro que não se densificam bem as finalidades, os objetivos e o modo como se processa o tratamento desses mesmos dados. Para mais desenvolvimentos *vide* KLAUS WIEDEMANN e MARCO BOTRA, cit..

⁵⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012, pp. 400-401; e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e atualizada, Almedina, 2019.

⁵⁹ Para uma análise da perspetiva objetivista, subjetivista e subjetivista mitigada, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Negócios Onerosos e Gratuitos: Uma Reflexão a Propósito de Novos Fenómenos de Gratuitidade”, in *Revista de Direito Comercial*, 4-2020, 2020, pp. 1810-1818.

⁶⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, *Direito cit.*, p. 62.

celebrado”⁶¹. Faltará, pois, alguma intenção de Liberalidade ou um intuito de beneficiar a contraparte que é primordial para a existência de um contrato gratuito⁶². De facto, ao ser criada a conta do Facebook, não há o pagamento de um preço pelo uso das funcionalidades, pelo que o Grupo Meta não executa uma atribuição patrimonial. Ainda assim, na ótica do consumidor, mesmo que erroneamente considere tratar-se de um serviço digital totalmente gratuito, a verdade é que, ao longo da normal utilização da rede social, são recolhidos dados que o Facebook utiliza para melhor direccionar as publicidades existentes, sendo que estes dados apresentam um maior valor económico, pelo que não poderíamos afirmar não existir uma atribuição patrimonial para ambas as partes. Finalmente, a qualificação como oneroso possibilitará uma maior protecção ao consumidor, algo que em última instância deverá sempre ocorrer, já que este é claramente a parte mais fraca.

4. Haverá uma Obrigação de Fornecer os Dados Corretos?

O Facebook requer aos seus utilizadores que utilizem o seu verdadeiro nome e respetivas informações, sendo que tal consta dos Termos de Serviço⁶³. Aliás, faz-se uma exigência acrescida, postulando que a utilização do mesmo nome que se utiliza diariamente e o fornecimento de informações pessoais precisas constituem dois dos vários “compromissos do utilizador” para usufruir da rede social.

Coloca-se, assim, a questão de saber se existe alguma obrigação legal de fornecer estas corretas informações. De facto, a Diretiva 2019/770 é omissa neste ponto, sendo que o DL nº 84/2021, que a transpôs, também não nos dá uma resposta clara. ALEX METZGER considera que a resposta deve ser analisada de um ponto de vista analítico, mormente o de saber se o fornecimento dos dados pessoais é o benefício principal do contrato celebrado ou, contrariamente, algo meramente secundário ou de subordinada importância⁶⁴. Tal levar-nos-á a uma nova reflexão que só pode ser respondida ao abrigo do Direito Civil. Haverá, *in casu*, um contrato sinalagmático?

⁶¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Negócios cit.*, pp. 1850-1851.

⁶² MATILDE BETTENCOURT, *A Protecção cit.*, p. 428.

⁶³ Termos de Serviço disponíveis em <https://www.facebook.com/legal/terms>.

⁶⁴ AXEL METZGER, “Market Model for Personal Data: State of the Play Under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, *in* Lohsse Sebastian, Schulze Reiner,

Ao passo que, nos contratos sinalagmáticos, “as obrigações das partes encontram-se numa relação de corresponsabilidade e interdependência, existindo entre elas um nexo ou sinalagma, significado que a obrigação de cada uma das partes constitui a razão de ser da outra”⁶⁵, nos contratos não sinalagmáticos isso já não se sucede. De facto, na análise no caso, enquanto o prestador deve fornecer o serviço digital ao consumidor sem demora injustificada (que passa, necessariamente, pelo uso da rede social), este último deverá fornecer os dados pessoais ao longo da sua utilização. Claro está que os dados referidos pelo Facebook nos Termos de Serviço são aqueles que se constituem primordiais para execução do contrato, pelo que, conforme tive a oportunidade de deduzir, parecem não se enquadrar no âmbito de aplicação do diploma. Ainda assim, existem várias informações que vão sendo partilhadas ao longo da utilização e que constituem a verdadeira razão da aplicação do diploma. Neste âmbito, considero acertada a posição sufragada por MATILDE BETTENCOURT, segundo a qual “o profissional é devedor do fornecimento do conteúdo ou serviço digital e credor dos dados pessoais do consumidor; por seu lado, o consumidor é devedor dos seus dados pessoais e credor do conteúdo ou serviço digital. A reciprocidade das prestações manifesta-se precisamente no facto de o contrato só subsistir com ambas as obrigações prestadas”⁶⁶. Tratando-se de uma obrigação sinalagmática, parece que deverá haver um cuidado acrescido por parte do consumidor para prestar as suas informações verdadeiras. Claro está que, embora os Termos de Serviço assim o exijam no Facebook, há que atender que eles não são claros e precisos, pelo que na maioria dos casos os utilizadores não terão noção da amplitude, até porque a informação não é prestada inequivocamente⁶⁷. Como tal, em princípio, deve-se requerer que os utilizadores forneçam as suas informações verdadeiras, de forma a evitar a ocorrência de equívocos na rede social. No entanto, não parece que os Termos sejam devidamente claros quanto à necessidade de eles serem atualizados, sempre que exista alguma alteração, o que dificulta, mais uma vez, os direitos dos consumidores.

Staudenmayer Dirk (eds.), *Data as CounterPerformance – Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, 2020, pp. 25-45.

⁶⁵ ALMEIDA COSTA, cit., p. 361.

⁶⁶ MATILDE BETTENCOURT, cit., p. 427.

⁶⁷ Pelo contrário, ALEX METZGER, *A Market cit.*, não concorda que, ao abrigo do Direito Alemão, se possa afirmar que há um contrato sinalagmático.

5. Os Fundamentos de Licidade – Em Especial o Consentimento

O tratamento de dados pessoais implica necessariamente a existência de um fundamento de licitude⁶⁸. *In casu*, está em causa o consentimento, isto é, 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 (Art. 4º/11 do RGPD). Na ótica de A. MENEZES CORDEIRO, a necessidade de o titular ter de consentir no tratamento dos dados é uma das “principais garantias de proteção dos interesses individuais de cada sujeito”⁶⁹. Este surge, por isso, “como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não só contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico”^{70 71}.

O consentimento do consumidor terá de ter estas quatro características:

1. Desde logo, terá de ser livre, isto é, implicar uma “verdadeira escolha e controlo para os titulares dos dados”⁷². Torna-se, pois, necessário que o utilizador tenha uma verdadeira possibilidade de escolha. Colocam-se dois problemas distintos de articulação entre o disposto no RGPD e na Diretiva 2019/770, mormente:

A prática de acoplamento é proibida (Art. 7º/4 do RGPD⁷³), isto é, estando em causa uma execução de um contrato subordinada ao tratamento de dados pessoais que não seja necessário para a sua execução, o consentimento não será válido. Torna-se bastante questionável que todos os dados que vão sendo recolhidos sejam efetivamente primordiais para a utilização da rede social⁷⁴. Aliás, pese embora se tenha abandonado a noção

⁶⁸ A. M. CORDEIRO, Direito cit., p. 152, advoga que o princípio da licitude, em sentido estrito, “faz depender o tratamento de dados pessoais da subsunção de cada tratamento em concreto a uma das causas de licitude elencadas no artigo 6º”.

⁶⁹ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Direito cit., p. 167.

⁷⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva, os Beneficiários da Proteção e a Responsabilidade Civil”, in Revista do Instituto do Conhecimento, AB, Ano V, nº 7, 2017, p. 28.

⁷¹ Para uma análise das críticas apontadas ao consentimento enquanto fundamento de licitude ao abrigo do RGPD, ver ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Direito cit., pp. 168-170.

⁷² Diretrizes 05/2020, relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, p. 8.

⁷³ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Comentário cit., pp. 123-124, postula que incumbe ao “intérprete-aplicador verificar, mediante uma análise casuística, a validade do consentimento acoplado aos casos em que não seja necessário para a execução do contrato”.

⁷⁴ Isto é um problema nos serviços gratuitos. Dá-se como exemplo o da aplicação para telemóvel que solicita aos utilizadores que ativem a localização por GPS para fins de prestação dos

de dados pessoais enquanto contraprestação, a exigência de um consentimento livre (e o próprio Art. 7º/4 do RGPD) parece entrar em confronto com o disposto na Diretiva 2019/770 (e, consequentemente, com o disposto do DL nº 84/2021). Conforme assinala MADALENA NARCISO, “o RGPD parece estipular que não se pode considerar haver livre consentimento se os dados são fornecidos como condição de acesso ao serviço”⁷⁵. A este propósito, METZGER defende uma interpretação flexível do artigo, considerando que o essencial será aferir, em cada caso, se existe um consentimento com carácter voluntário no contexto de cada relação contratual⁷⁶.

Por conseguinte, no que concerne aos dados pessoais fornecidos e sem os quais não pode haver lugar a criação de conta (nome, e-mail e/ou número de telemóvel, data de nascimento, fotografia), sempre se poderá questionar se aí o consentimento é verdadeiramente livre por parte do consumidor, já que sem isso não há utilização do Facebook. Há quem na doutrina defenda uma interpretação mais ampla, considerando que, sendo a prestação dos dados pessoais essencial para o serviço, esta será sempre necessária, pelo que não se colocarão dificuldades de aplicação do artigo. JAVIER CALVO não deixa de reconhecer que se trata de uma visão algo forçada e que pode colocar em causa a ratio destes preceitos⁷⁷.

Por outro lado, e ainda no que concerne à Liberdade do Consentimento fornecido, o considerando 43 postula que este não deverá ser considerado fundamento jurídico válido em casos específicos em que exista, entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, um desequilíbrio manifesto. A este propósito, saliente-se a decisão de 2019 do Bundeskartellamt⁷⁸, na qual se considerou que o Facebook abusou da sua posição dominante no mercado das redes sociais⁷⁹. Claro está que tal obriga a cuidados redobrados, pois exercendo uma posição tão forte e criando este

serviços, quando tal não é necessário para o serviço principal prestado. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Comentário cit., pp. 123-124.

⁷⁵ MADALENA NARCISO, cit., pp. 145-146.

⁷⁶ ALEX METZGER, Data cit., pp. 4-5.

⁷⁷ JAVIER MARTÍNÉZ CALVO, cit., pp. 116-118.

⁷⁸ Caso do Bundeskartellamt (Federal Cartel Office), de 6 de fevereiro de 2019, B6-22/16.

⁷⁹ INGE GRAEF e SEAN VAN BERLO, “Towards Smarter Regulation in the Areas of Competition, Data Protection and Consumer Law: Why Greater Power Should Come with Greater Responsibility”, in *European Journal of Risk Regulation*, 12, 2021, pp. 684 e ss. “The use of its social network dependent on users agreeing to the combination of data aggregated through Facebook’s different services and from third-party sources into a user’s Facebook’s

desequilíbrio, na maior parte das situações o consentimento fornecido pelo consumidor poderá não ser livre.

2. O consentimento deverá ser específico, isto é, ser dado em relação a “uma ou mais finalidades específicas e que um titular de dados tenha uma escolha em relação a cada uma delas”⁸⁰. Visa-se, deste modo, assegurar que o tratamento de dados ocorre apenas para as finalidades elencadas. Note-se que as finalidades referidas na Política de Privacidade são muito amplas, mencionando-se apenas o fornecimento, personalização e melhoria da oferta dos produtos, os fins estatísticos, a promoção, proteção da integridade e segurança e a investigação e inovação para o bem social. Além disso, existe ainda a transferência dos dados pessoais para entidades terceiras, finalidade essa que não se encontra muito bem explicitada quanto ao modo da sua ocorrência⁸¹.

3. Terá de existir, também, uma manifestação de vontade inequívoca, exigindo-se uma “declaração ou um ato positivo inequívoco”, devendo este ser dado por meio de uma ação positiva ou de uma declaração⁸². MAFALDA MIRANDA BARBOSA realça a importância de existir um comportamento “positivo e inequívoco” e não uma “omissão saliente”⁸³. Por conseguinte, e na esteira do apontado pelo Grupo de Trabalho ao Artigo 29, “descer a página com o cursor ou com o dedo num sítio web não satisfaz o requisito de um ato positivo e inequívoco”⁸⁴. Na maioria das situações, será isto que acontece ao criar-se a conta, sendo que poucas têm sido as melhorias no sentido de reforçar um consentimento verdadeiramente inequívoco.

account. In doing so, Facebook exploited its users in the view of the Bundeskartellamt by imposing “abusive business terms” that infringe data protection principles”.

⁸⁰ Diretrizes 05/2020, relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, p. 15.

⁸¹ O Ac. do Tribunal de Justiça, de 5 de maio de 2011, Deutsche Telekom AG c. Bundesrepublik Deutschland, C-543/09, afirmou não ser obrigatório haver lugar à renovação do consentimento sempre que a transmissão de dados, inicialmente referida na declaração de consentimento, estiver contemplada nas finalidades elencadas inicialmente.

⁸² Diretrizes 05/2020, relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, p. 20.

⁸³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Proteção de Dados, Consentimento e Tutela do Consumidor”, in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 71-72.

⁸⁴ Exemplo 16. Diretrizes 05/2020, relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, p. 22.

4. Finalmente, exige-se que o consentimento seja informado, devendo as informações sobre a identificação do responsável pelo tratamento, a finalidade das operações, os dados pessoais recolhidos, a forma de retirada do consentimento e o prazo de conservação encontrarem-se em fácil acesso e perceptível para o utilizador⁸⁵. Ora, esta exigência deve ser conjugada com as imposições decorrentes do Direito do Consumo⁸⁶, nomeadamente das imposições decorrentes do direito à informação, pois só com a clareza e precisão que se exige é que ele estará em condições de adotar uma “escolha consciente e criteriosa dos serviços que satisfazem as suas necessidades e interesses”⁸⁷. Claro está que, aqui, estamos diante da criação de uma rede social. Ainda assim, a Política de Privacidade e os Termos de Utilização parecem não informar devidamente os seus utilizadores do modo de processamento, de como serão os dados tratados, pelo que na maioria dos casos não existe propriamente um consentimento informado.

A título de exemplo, na Política de Privacidade do Facebook consagra-se que, sendo acionados determinados mecanismos do dispositivo (acesso à localização GPS, câmara ou fotos), poder-se-á recolher informações através das definições baseadas nos dispositivos ativados, havendo consentimento do titular⁸⁸. Ora, não só é muito difícil o utilizador chegar a esta informação, na medida em que tal consta da versão “completa” da Política de Privacidade, como fica claro que não há certeza e precisão quanto ao modo como serão estes dados recolhidos.

Adicionalmente, e atendendo ao facto de haver lugar à transferência internacional de dados, não deixa de ser preocupante que “o usuário continue a fornecer, sem saber, uma qualificação preventiva geral para a integração entre plataformas, com a consequente predisposição automática do sistema para a transmissão dos seus dados do Facebook para terceiros”⁸⁹. Além do mais, mesmo na circunstância de o utilizador optar por “limitar” aquele que pode ser o tratamento dos seus dados pessoais, a rede social

⁸⁵ Diretrizes 05/2020, relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, pp. 17-18. Ver também ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, pp. 183-184.

⁸⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, p. 184.

⁸⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, *cit.*, p. 90.

⁸⁸ Política de Privacidade completa em https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases.

⁸⁹ Caso da Autoridade da Concorrência Italiana, de 9 de março de 2021, processo nº 28601, parágrafo 63.

não deixa de assinalar que a sua “experiência” poderá de alguma forma ser limitada⁹⁰.

Estes são apenas dois exemplos que demonstram como o direito à informação, basilar no Direito do Consumo, não se encontra a ser cumprido na utilização do Facebook, ficando a tutela do consumidor comprometida no que concerne ao uso dos seus dados pessoais⁹¹.

Por último, saliente-se que, na utilização desta rede social, podem ainda ser recolhidos dados pessoais com base noutros fundamentos, designadamente decorrendo de um interesse vital⁹², obrigação jurídica⁹³, interesse público⁹⁴ ou interesse legítimo.

⁹⁰ Considerou-se, por isso, que constitui uma prática comercial desleal.

⁹¹ Merece, também, uma menção o Digital Markets Act (DMA). A Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilidade e equidade dos mercados no setor digital, estabelecia como objetivo “permitir às plataformas desbloquear todas as suas potencialidades, dando uma resposta a nível da UE às situações mais proeminentes de práticas desleais e fraca disputabilidade para permitir tirar pleno partido da económica de plataformas”. A versão final foi apresentada pelo Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022, cuja entrada em vigor ocorreu no passado dia 1 de novembro. Trata-se de um Regulamento muito denso, mas que poderá assumir um papel primordial. O Art. 1º consagra como “objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno para serviços intermediários, mediante o estabelecimento de regras harmonizadas para um ambiente em linha seguro, previsível e fiável, que facilite a inovação e no qual os direitos fundamentais consagrados na Carta, incluindo o princípio da defesa dos consumidores, sejam efetivamente protegidos”. Saliente-se a menção dada à necessidade de proteção dos consumidores. Conforme afirma MARTIM FARINHA, “Finalmente, o Novo Regulamento dos Serviços Digitais (Digital Services Act SDS!)”, NOVA Consumer Lab, 11 de novembro de 2022, <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/finalmente-o-novo-regulamento-dos-servicos-digitais-digital-services-act-dsa/>, “os consumidores, enquanto utilizadores destes serviços, veem os seus direitos fundamentais de acesso à informação e à liberdade de expressão reforçados com mecanismos de *reddress*, para a contestação e recurso das decisões das plataformas na moderação de conteúdos, incluindo instrumentos de resolução de litígio”.

⁹² O considerando 112, parágrafo 2, do RGPD refere como exemplo de interesses vitais a integridade física ou a vida, não se avançando com qualquer definição do conceito. Ainda assim, e conforme afirma ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, cit., pp. 204-206, entende-se que só em situações de “maior gravidade poderá o responsável pelo tratamento fazer uso deste fundamento”, podendo equacionar-se para situações que visam a proteção de “um conjunto indeterminado de sujeitos”. A Política de Privacidade do Facebook enuncia a aplicação de técnicas de tratamento automáticas, sendo realizadas revisões manuais e partilhadas informações em circunstâncias que os interesses vitais precisem de proteção, referindo-se a título exemplificativo a proteção da vida, saúde mental ou física, bem-estar ou integridade de outras pessoas. Mais uma vez, tem-se em consideração os conteúdos

VII. Os Direitos dos Consumidores

Em primeiro lugar, o utilizador tem direito a que o serviço digital (uso da rede social) seja fornecido sem demora injustificada (Art. 26º/1 do DL nº 84/2021), sendo tal cumprido através da disponibilização do serviço mediante acesso virtual (Art. 26º/2, alínea a)). Dado tratar-se de um fornecimento contínuo, o ónus da prova da desconformidade recai sobre o profissional pelas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais (Art. 33º/3). Caso não ocorra fornecimento, o consumidor deve solicitá-lo ao profissional (Art. 34º/1), sendo que, após essa interpelação, caso continue sem cumprir, poderá haver lugar à resolução do contrato (Art. 34º/2). Claro está que, tratando-se de uma rede social, tal ocorrerá sempre que os serviços se encontrem sem funcionar devido, por exemplo, a um ataque informático⁹⁵. Ainda assim, também aqui existe uma certa “hierarquia” que deve ser observada, desde a reposição da conformidade, a redução proporcional do preço e, finalmente, a resolução do contrato (Art. 35º/1). Para exercer qualquer um destes direitos, deverá cumprir o disposto no preceito.

partilhados, os metadados sobre conteúdos e mensagens, transações efetuadas, incluindo-se, também, informações de apps, browsers e dispositivos. Sendo este um fundamento de licitude cuja aplicação merece cautela, será sempre bastante discutível o facto de o Facebook cumprir o seu dever de informação.

⁹³ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, pp. 213-214, considera a expressão obrigação jurídica enganadora, pois o fundamento da alínea c) do Artigo 6º/1 do RGPD constitui uma disposição legislativa e não contratual. Por outro lado, o fundamento das obrigações jurídicas compreende qualquer “obrigação imposta pelo Direito da União ou pelo Direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento se encontra sujeito”. A Política de Privacidade refere o seu compromisso em cumprir quer as obrigações decorrentes da UE e das leis aplicáveis na Irlanda.

⁹⁴ Estará, pois, em causa um tratamento necessário ao exercício de funções de interesse público (Art. 6º/1, al. e) do RGPD), não densificando o RGPD este conceito. Por outro lado, deverá o fundamento jurídico ser definido (i) pelo Direito da União Europeia ou (ii) pelo Direito do Estado-Membro, devendo essa ser necessária ao exercício das funções de interesse público ou de autoridade pública. MENEZES CORDEIRO, *Direito, cit.*, p. 219, considera que este é um dos fundamentos de tratamento mais relevante.

⁹⁵ A propósito dos ataques informáticos, em 2021, o Facebook, o Instagram e a Google enviaram dados privados dos seus utilizadores a cibercriminosos, por acharem estar a responder a pedidos de emergência das autoridades. Esses dados têm sido utilizados para chantagear menores de idade e mulheres. Para mais informações, *vide* <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-26/tech-giants-duped-by-forged-requests-in-sexual-extortion-scheme>.

Ademais, poderá o consumidor retirar o seu consentimento para a utilização dos seus dados pessoais⁹⁶, sendo este um mecanismo nuclear no âmbito do RGPD (Art. 7º/3). Tal é uma possibilidade que se justifica pelo facto de se “antever a possibilidade de o titular não prever todas as consequências que decorrem do seu consentimento, não antecipar eventuais e prováveis evoluções tecnológicas, que permitem ao responsável pelo tratamento retirar mais informações do que esteja disposto a partilhar”⁹⁷. Tal direito deverá ser previamente comunicado ao utilizador. A Política de Utilização do Facebook consagra este direito, mas parece claramente insuficiente no que concerne ao mecanismo para retirar o consentimento, já que remete para outra ligação e não explica devidamente todos os passos a adotar. Ora, devendo o consentimento ser tão fácil de retirar como de conceder, não se vê em que medida é que esta exigência legal se encontra efetivamente a ser cumprida⁹⁸. Assim, haverá, mais uma vez, uma violação do direito à informação do consumidor.

Por último, importa assinalar que vários desafios se colocam quanto aos direitos dos consumidores, mormente no uso das redes sociais, devido ao perigo constante de estes não serem respeitados. Ao longo dos anos, o Facebook tem sido alvo de sucessivos processos judiciais pelas suas práticas desrespeitadoras no que diz respeito aos direitos dos seus utilizadores. Recentemente, no Caso Facebook Ireland Limited v Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.⁹⁹, o Tribunal de Justiça consagrou que o Art. 80º, nº 2 do RGPD não se opõe a uma legislação nacional que consagre a possibilidade de uma associação de defesa dos consumidores agir judicialmente contra o presumível autor de uma violação da proteção de dados pessoais, mesmo que não lhe tenha sido conferido um mandato para o efeito e independentemente da violação de direitos concretos dos titulares dos dados¹⁰⁰. Doravante, tal poderá ser muito útil, de forma a garantir uma pro-

⁹⁶ Para mais desenvolvimentos sobre as consequências contratuais da retirada do consentimento, cfr. IRENE KRULL, “Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences”, in *Juridiskā zinātne / Law*, No. 13, 2020, pp. 33-49.

⁹⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, p. 188.

⁹⁸ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, p. 189.

⁹⁹ Ac. do Tribunal de Justiça, *Facebook Ireland Limited v Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, C-319/20, parágrafo 83.

¹⁰⁰ Exigindo-se, também, que o “tratamento dos dados em causa seja suscetível de afetar os direitos conferidos por esse regulamento às pessoas singulares identificadas ou identificáveis”.

teção ainda mais acrescida dos consumidores. Ainda assim, e conforme tivemos a oportunidade de demonstrar, parece existir uma certa incongruência em determinados aspetos do novo regime com o do RGPD, o que dificulta também uma melhor defesa dos consumidores.

VIII. Conclusão

Em suma, os dados pessoais assumem uma importância cada vez maior no direito do consumo. O DL n.º 84/2021, na sequência da harmonização resultante da Diretiva 2019/770, permite dar resposta a algumas questões, prevendo uma regulação necessária quanto à utilização dos serviços digitais em que o consumidor, embora não pague uma prestação monetária propriamente dita, não deixa de fornecer os seus dados pessoais, algo com um elevado valor na sociedade da informação.

Não obstante existir uma regulação quanto aos direitos do consumidor no que concerne ao uso do serviço digital, a verdade é que subsistem algumas incongruências entre a Diretiva 2019/770 e o regime do RGPD, o que dificulta a sua maior proteção nestas situações. Além disso, existe uma clara lacuna do Grupo Meta no cumprimento do direito à informação, nuclear para o Direito do Consumo, na medida em que os utilizadores não são informados clara, objetiva e adequadamente quanto ao modo como os seus dados pessoais poderão ser tratados e quais os seus direitos. Além disso, o facto de o Facebook se apresentar como “gratuito” é suscetível de ser enganador, na medida em que omite que os dados fornecidos ao longo da sua atualização serão um verdadeiro atributo por parte dos consumidores.

Doravante, várias questões continuarão a colocar-se nesta interligação entre o Direito do Consumo e o Direito da Proteção de Dados. Conforme tive a oportunidade de expor, o uso do Facebook está longe de ser pacífico, sendo que várias fragilidades se podem apontar quanto ao modo como o Grupo Meta respeita os Direitos dos Consumidores.

A PORTA DA DISCOTECA ONDE O DIREITO NÃO ENTRA: ANÁLISE DO CONTRATO DE ACESSO A UM ESTABELECIMENTO DE DIVERSÃO NOTURNA

JORGE MIGUEL RUSSO DIAS PEREIRA POÇO

Resumo: O contrato de acesso a um estabelecimento de diversão noturna tem, na sua maioria, uma execução problemática. O *dress code*, a cláusula que prevê uma coima pela perda do cartão de consumo, a fixação tardia do preço, os preços diferentes de acordo com o sexo, a *Blacklist* e a violência com que os consumidores são tratados são práticas utilizadas pelos promotores que violam direitos dos clientes: direitos fundamentais e direitos enquanto consumidores. Estes veem os seus direitos diminuídos sem se poderem defender, sob pena de as suas reclamações serem respondidas com violência ou com a inserção do seu nome na *Blacklist* do promotor.

Palavras-Chave: Discoteca; Cláusulas Contratuais Gerais; Práticas Comerciais Desleais; *Dress Code*; *Blacklist*; Cartão de Consumo; Indicação do Preço.

Abstract: The contract to access nightlife establishments has, for the most part, a problematic execution. The dress code, the clause that includes a fine for the loss of the consumer's card, the late pricing, the different prices according to gender, the Blacklist, and the violence with which consumers are treated, are practices used by promoters that violate the rights of customers: fundamental rights and rights as consumers. These see their rights diminished without being able to defend themselves, under the sanction of

their complaints being answered with violence or with the insertion of their name in the promoter's Backlist.

Keywords: Discotheque; General Contractual Terms; Unfair Commercial Practices; Dress Code; Blacklist; Consumer Card; Price Indication.

1. Introdução – O Direito que é Barrado à Entrada

O ambiente que envolve os estabelecimentos de diversão noturna é, por natureza, problemático, no qual não são respeitados preceitos fundamentais do Direito em geral. É frequente a violação de direitos dos consumidores que, por falta de conhecimento, a aceitam. Os que não aceitam, sujeitam-se a violações bem mais graves, no âmbito da integridade física.

Por esta razão, surgiu a necessidade do presente artigo expor todos os problemas provenientes do contrato de acesso aos estabelecimentos de diversão noturna, acompanhados de possíveis resoluções. Com o referido objetivo em mente, procuramos analisar a forma, a formação e o conteúdo do contrato.

Assim, sob forma de introdução, é oportuno referir que o contrato para o acesso a espaços de diversão noturna é um contrato celebrado entre a empresa que promove o serviço, o profissional e o cliente.

Desta forma, a primeira coisa a fazer, sob pena de todo o artigo perder a sua importância, é verificar se existe, *rectius*, poderá existir, uma relação de consumo. Para isso, começaremos com a noção de consumidor¹. Para a Lei de Defesa do Consumidor², consumidor é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Neste caso, o cliente do estabelecimento, que contrata com um profissional, e que utiliza os bens contratados para uso individual e privado (a situação comum, o cliente que vai a uma discoteca para se divertir), será um consumidor nos termos do artigo 2º da Lei nº 24/96.

Neste ponto, será importante referir que nem todo o contrato de acesso a um espaço de diversão noturna será uma relação de consumo. A ausência

¹ Não existe um único conceito de consumidor, pois este está dependente do tempo e do espaço em que é analisado.

² Lei nº 24/96 – Diário da República nº 176/1996, Série I-A de 1996-07-31.

de qualquer um dos critérios elementares anteriormente referidos resultaria na não aplicação das normas relativas à legislação de direito do consumo. Exemplo deste ponto será quando o indivíduo é pago para estar presente na discoteca, faltando, neste caso, o elemento teleológico, caracterizando-se o acesso à discoteca num destino profissional. Outro exemplo será o caso de a ida ao estabelecimento de diversão noturna se realizar num contexto profissional, por ser oferta da entidade empregadora, por hipótese.

2. Da celebração do contrato

2.1. Da forma do contrato

Ora, começando pela forma do contrato de acesso à discoteca, é imperativo referir, antes de mais, que prevalece o princípio da liberdade de forma do artigo 219º do Código Civil. Daqui podemos concluir que a lei nada impõe sobre a forma que este contrato deve revestir, caracterizando-se, comumente, pela simples forma oral. No entanto, nada impede que as partes pretendam (a vontade das partes é, na generalidade, soberana) vincular-se por outra forma qualquer. Neste ponto, é importante notar que a forma do contrato não depende de qualquer formalidade exigida ao promotor do evento de diversão noturna, como bilhetes, cartões de consumo ou qualquer outro tipo de documento físico que seja entregue ao consumidor³. Outra questão instigante a realçar é que estes documentos (especialmente no caso do cartão de consumo) contêm, muitas vezes, cláusulas contratuais, que poderão ou não ser válidas para o contrato de acesso. Este tema será abordado mais à frente.

2.2. Da formação do contrato

2.2.1. Do modelo de formação

O modelo de proposta seguida de aceitação é, de todos, o modelo de formação de contratos mais usual. Como o nome indica, este modelo implica a existência de, pelo menos, dois momentos: um momento em que é emitida uma proposta e um momento posterior em que é emitida uma aceitação. É claro que entre um e outro momento poderão existir várias contrapro-

³ Sobre o tema, Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, “Contrato para a Assistência a Espetáculo Desportivo”, p. 285, onde se lê: “a forma do contrato não deve confundir-se com as formalidades que devem ser respeitadas ou que são exigidas no momento da celebração do contrato”.

postas ou negociações⁴ e, nesse sentido, o artigo 233º do Código Civil, fala-nos da aceitação com modificações. Se a nova proposta for suficientemente precisa, valerá como contraproposta e, por isso, será passível de ser aceite potestativamente pela contraparte.

Analisando este modelo por segmentos, será importante considerar que, na grande maioria das ocasiões relacionadas ao contrato que aqui analisamos, existe uma proposta não-recipienda destinada a um grupo indeterminado de pessoas. Por outras palavras, uma proposta ao público⁵, permitida normativamente por força do artigo 230º, nº 3 do Código Civil, que estabelece a regra especial da revogabilidade da proposta neste modelo. Esta proposta pode existir em vários modelos, como publicações em sítios da *Internet*, redes sociais, cartazes ou anúncios na via pública, ou pelo simples facto de existir uma bilheteira em funcionamento aberta ao público⁶.

Sob outra perspetiva, torna-se imperativo aludir ao facto de a proposta contratual⁷ ter de cumprir uma série de requisitos para poder ser considerada uma proposta eficaz, sendo eles a completude, a firmeza, a precisão e, claro, a adequação formal. A par da completude, é preciso referir que este requisito não obriga a que todos os aspetos da vida contratual estejam previstos no momento da proposta (até porque tal seria impossível). Existem certos aspetos que não precisam de estar contidos na proposta e que, mesmo assim, não a tornam incompleta. Caso, posteriormente, se

⁴ Durante a fase da negociação, as partes devem pautar o seu comportamento pelo respeito das regras da boa-fé. Sobre a boa-fé nas negociações e na celebração do contrato, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, pp. 492 e ss.

⁵ Regulada, no ordenamento jurídico português, pelo artigo 203º, nº 3 do Código Civil. É, nas palavras do Professor CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “um instrumento central de proteção dos consumidores”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Formação do Contrato no Código Civil de 1966”, 2017, p. 29. Sobre o tema da proposta ao público, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: www.run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 54 e ss.

⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2021, p. 86, onde se lê: “igualmente característico da proposta ao público é a utilização de um meio que permita o contacto com o público”; e, na p. 87, onde se lê que “no que respeita a serviços, a circunstância de o profissional ter um estabelecimento aberto ao público indicia a existência de uma proposta contratual”.

⁷ Sobre a declaração negocial, cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 415 e ss.

revele alguma lacuna, esta poderá ser integrada recorrendo aos processos específicos do Código Civil.

A proposta deve, ainda, ser precisa ao ponto de, uma vez aceite, não restarem quaisquer dúvidas sobre a formação ou o conteúdo do contrato. O requisito da firmeza pressupõe a existência de uma vontade inequívoca de contratar, que é validado pelo simples facto de existir uma bilheteira aberta ao público. Quanto à adequação formal já vimos que este contrato não está legalmente dependente de qualquer forma, aplicando-se o princípio da liberdade de forma do artigo 219⁹ do Código Civil.

Sendo uma proposta ao público, esta torna-se eficaz⁸ e, por sua vez, vinculativa, a partir da sua emissão, estando o proponente, a partir desse momento, numa posição de sujeição.

No que diz respeito à aceitação, podemos referir que esta se trata de uma declaração de vontade do consumidor, em que este concorda com os pressupostos estabelecidos e demonstra a sua intenção de se vincular juridicamente com a outra parte. Esta aceitação deve obedecer a três requisitos, sendo eles a conformidade, tempestividade e adequação formal, que serão, respetivamente, a adesão completa à proposta, no limite temporal estabelecido pelo proponente, na forma necessária (se houver) legal ou convencional⁹.

No contrato que aqui analisamos existirão, certamente, várias informações pré-contratuais que são disponibilizadas ao consumidor num momento anterior à aceitação. Estas serão, por exemplo, indicações de preços, cláusulas contratuais gerais, horário de funcionamento, informações sobre a existência de livro de reclamações, sobre a possibilidade de resolução alternativa de litígios ou sobre os métodos de pagamento (ver anexo 1).

2.2.2. Do momento da celebração do contrato

A definição do preciso momento, *rectius*, do intervalo temporal em que se dá a concretização do contrato tem, sem dúvida, uma importância de tal forma significativa que, se esse fosse alterado, modificar-se-iam grande parte das conclusões geradas no presente artigo.

⁸ Sobre a eficácia vinculativa da proposta, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, pp. 472 e ss.

⁹ Sobre os requisitos da aceitação, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, pp. 478 e ss.

Desta forma, coloca-se a questão: qual é o momento em que podemos considerar que existiu uma aceitação por parte do consumidor? A resposta é dúbia e pode gerar várias interpretações. Para tal, precisamos de analisar o processo prático necessário nas situações de entrada num destes estabelecimentos.

Ora, em primeiro lugar, o indivíduo coloca-se na fila para a entrada, ainda fora do estabelecimento. É nossa convicção que ainda não podemos, neste momento, considerar que existiu uma aceitação inequívoca, podendo, desta forma, o mesmo abandonar o local sem estar a incorrer no incumprimento do contrato.

Posteriormente, é admitido, por um segurança, que impedirá a entrada a qualquer indivíduo que, como prevê o artigo 131º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração, “(...) perturbe o seu funcionamento normal, designadamente por se recusar a cumprir as normas de funcionamento impostas por disposições legais ou privativas do estabelecimento, desde que essas restrições sejam devidamente publicitadas”¹⁰. Consideramos que é a partir deste momento que devemos considerar que houve uma aceitação suficiente para se concretizar o contrato. O consumidor, neste ponto, já está decidido de que quer contratar, tendo inclusivamente entrado no recinto do estabelecimento.

Logo de seguida, o consumidor será abordado por outro segurança que irá aplicar o detetor de metais e certificar-se de que o cliente não traz consigo qualquer instrumento produzido com um fim contrário à lei e à ordem pública¹¹. Se dúvidas existissem acerca da concretização do contrato no passo anterior, aqui muito poucas restam, tornando-se cada vez mais inequívoco que o consumidor, se ali está, é porque tem a vontade clara de entrar no estabelecimento e usufruir dos seus serviços. Passado este momento, não existirá outra altura em que possamos considerar que

¹⁰ Importante, desde já, referir que, caso não se verifiquem estes requisitos, aplicar-se-á a regra geral do artigo 3º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração.

¹¹ Aliás, como é imposto pelo artigo 4º da Lei nº 35/2019, que altera as medidas de segurança obrigatórias em estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de espaços ou salas destinadas a dança, procedendo à primeira alteração ao Decreto -Lei nº 135/2014, de 8 de setembro.

existiu uma aceitação por parte do consumidor. Passaremos, assim, para o cumprimento da obrigação: o pagamento do preço¹².

Antes de concluir, resta só adicionar que, na prática, regularmente não chega a existir a comunicação do preço ao consumidor antes de este aceitar o contrato. O próprio sistema de entrada e de contratação é produzido com este propósito. Esta questão será aprofundada posteriormente. Além disso, saliente-se o momento de pressão exercido durante todo este processo, onde os seguranças e funcionários apressam os consumidores e, muitas vezes, desrespeitam os seus direitos, mormente a integridade física¹³.

2.2.3. Das cláusulas contratuais gerais

As cláusulas contratuais gerais são cláusulas que não são suscetíveis de ser negociadas pelas duas partes do contrato, caracterizando-se, classicamente, como cláusulas definidas unilateralmente pelo predisponente, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 446/85¹⁴.

Sobre esta matéria temos dois novos conceitos, o de aderente e o de predisponente. Como seu pressuposto, existem várias regras de inclusão destas cláusulas nos contratos¹⁵, sendo elas a conexão, a comunicação e o esclarecimento. Relativamente à conexão, impõe-se uma relação entre a cláusula e o contrato em questão. Esta relação não pode ser de simples remissão.

Quanto à comunicação, prevista no artigo 5.º do referido Decreto-Lei, impõe-se que a cláusula seja comunicada na íntegra ao aderente. No n.º 2

¹² Isto apenas no modelo em que o consumidor cumpre a obrigação à entrada. No modelo em que o consumidor cumpre a obrigação à saída, o processo lógico-dedutivo será o mesmo, uma vez que, logo após o passo da vistoria, o consumidor já se encontra a usufruir do seu recente direito adquirido: o acesso ao espaço e aos serviços.

¹³ Empresa de Segurança vai punir responsáveis por confrontos na Urban Beach. JORNAL DE NOTÍCIAS, 3 de novembro de 2017, in <https://www.jn.pt/justica/empresa-de-seguranca-vai-punir-responsaveis-por-confrontos-naurbanbeach-8891624.html>, acesso em 25 de maio de 2022; e LUSA, “Agência, Autoridades investigam agressão de segurança a cliente em discoteca de Albufeira”, in *Observador*, 10 de outubro de 2021, disponível em: <https://observador.pt/2021/10/10/autoridades-investigam-agressao-de-seguranca-a-cliente-em-discoeca-de-albufeira/>, acesso em 1 de junho de 2022.

¹⁴ Sobre as cláusulas contratuais gerais e o Decreto-Lei n.º 446/85, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 85 e ss.

¹⁵ Sobre a validade substancial e material das cláusulas contratuais gerais, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Dos Contratos, Teoria Geral dos Contratos em Especial*.

podemos ler que “a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência”. Caso não se verifique este requisito de inclusão, a cláusula considera-se excluída nos termos do artigo 8º, alínea a) do mesmo diploma¹⁶.

Por fim, resta-nos analisar o requisito do dever de esclarecimento, que é estabelecido no artigo 6º, onde se prevê que o predisponente tem o dever de esclarecer¹⁷ o aderente sobre as cláusulas incluídas no contrato, especialmente nos casos de cláusulas complexas ou de aderentes com menor capacidade de compreensão. Para além deste, o predisponente tem ainda o dever de esclarecer todas as questões razoavelmente colocadas pelo possível aderente. A sanção pelo não cumprimento deste requisito é, mais uma vez, a sua exclusão do contrato por força do artigo 8º, alínea b) do Decreto-Lei nº 446/85¹⁸.

No contrato *sub judice* são, muitas vezes, incluídas cláusulas contratuais gerais que, ocasionalmente, poderão ser duvidosas e, no limite, problemáticas. Neste capítulo, abordaremos estas cláusulas, tentando perceber se as poderemos incluir nos contratos analisados em abstrato, mas levantando várias hipóteses práticas.

A primeira que vamos analisar será a cláusula pela qual se prevê, no caso de o consumidor perder o cartão de consumo, uma “coima” de um certo valor, definido livremente pelo estabelecimento de diversão noturna. Trata-se de uma cláusula que é predisposta e só pode ser aceite, nunca alterada

¹⁶ Importa, a este ponto, salientar que, de acordo com a letra do artigo 5º, nº 3 do Decreto-Lei nº 446/85, o ónus da prova de que a cláusula foi comunicada recai sobre o predisponente. Sobre este ponto, cfr. o acórdão do STJ, de 9 de outubro de 2003 (Araújo Barros), onde se lê: “o ónus da prova do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação constantes, no que respeita às cláusulas contratuais gerais, nos artºs. 5º e 6º do Dec.Lei nº. 446/85, de 25 de Outubro, incumbe à parte que submeteu a outrem as cláusulas contratuais gerais”.

¹⁷ Um dever que decorre da boa-fé, como se lê em MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, 1991*.

¹⁸ Sobre as cláusulas excluídas dos contratos singulares, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2021, pp. 296 e ss., onde se lê “sempre que for incumprida a obrigação de comunicação ou de informação, as cláusulas não comunicadas ou esclarecidas consideram-se excluídas do contrato. Há, pois, uma redução *ope legis* do contrato, uma amputação deste das cláusulas (...)”.

pelo aderente. Numa perspetiva prática, a existência desta cláusula faz sentido e é importante como forma de evitar que o consumidor perca o cartão de consumo com o objetivo de não ter de pagar o que consumiu dentro daquele estabelecimento. No entanto, muitas vezes esta cláusula é problemática por dois motivos: não ser comunicada (total ou adequadamente) e ser abusiva. Analisaremos, agora, estes dois problemas individualmente.

Foi anteriormente referido que a conexão, a comunicação e o dever de informação¹⁹ são requisitos fundamentais, impostos pela lei, para se considerar a inclusão de uma cláusula contratual num contrato. Ora, mesmo que se trate de um contrato com total liberdade de forma, não existindo, portanto, uma lista escrita das cláusulas que o predisponente pretende incluir no contrato, é preciso que este último as comunique adequadamente e antecipadamente, de forma a que o contraente tome conhecimento da sua existência e das suas consequências. Ora, claro está que esta comunicação deve ser anterior ao momento de formação do contrato, uma vez que, se for posterior, as respetivas cláusulas não poderão ser incluídas por força do artigo 8º, alínea d) do Decreto-Lei nº 446/85.

O problema verifica-se aquando da análise da comunicação destas cláusulas. Posto isto, vamos analisar vários cenários. De quando em vez, esta cláusula não se encontra comunicada em nenhum lado, nem em cartazes à porta do estabelecimento, nem no cartão de consumo entregue ao consumidor, nem é referida por nenhum funcionário do estabelecimento. Neste caso, a resposta é óbvia: trata-se de uma cláusula excluída do contrato, pelo que não pode ser exigível o pagamento de qualquer valor em caso de perda do cartão de consumo.

Por outro lado, imaginemos que a cláusula vem escrita num cartaz à porta do estabelecimento (antes de o contrato se concretizar), onde estão afixadas outras cláusulas que são aplicadas aos contratos de acesso ao respetivo estabelecimento de diversão noturna (ver anexo 2). Neste enquadramento, colocam-se dois problemas: a conexão e a comunicação adequada. Quanto ao primeiro, não podemos considerar que a cláusula em questão é conexa ao contrato que o consumidor está prestes a realizar. Estas cláusulas não podem ser apresentadas por remissão (o que, no caso deste con-

¹⁹ Sobre a comunicação do conteúdo das cláusulas, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 82 e ss.

trato ocorreria quando o funcionário referisse, por exemplo “as cláusulas aplicadas a este contrato estão afixadas naquele cartaz. Presume-se que, ao contratar, o consumidor as conhece”).

Sob outra perspetiva, não podemos considerar que foi uma comunicação adequada. Neste exemplo, a cláusula aparecia no meio de muitas outras, de forma a que o declaratório médio, na posição do declaratório real, não se apercebesse da sua existência. A questão temporal é, aqui, importante. O consumidor, na fila de entrada, não tem tempo para ler todas as cláusulas afixadas num cartaz à entrada e é constantemente pressionado pelos seguranças para andar para a frente. A todos estes fatores, adiciona-se o facto de o consumidor médio poder, a este ponto, encontrar-se sob o efeito de álcool ou outras substâncias. Parece-nos, assim, legítimo argumentar que uma pessoa que “use de comum diligência”²⁰ não teria tomado um conhecimento efetivo e completo da cláusula em questão. Esta conclusão decorre da letra e do espírito do artigo 8º, alínea c) do Decreto-Lei nº 446/85.

Pode ainda ocorrer que a cláusula apareça redigida no cartão de consumo (analisar anexo 3, 4, 5 e 6), muitas vezes na parte de trás e em letras pequenas, no meio de outras cláusulas contratuais e informações. Nesta possibilidade (que é a forma mais usual de comunicação desta cláusula), colocam-se vários problemas. O principal, que coloca desde logo em causa a viabilidade desta prática e a sua inserção no contrato, é o facto de, na maioria das situações, quando o consumidor recebe o cartão de consumo, o momento de celebração do contrato já ter ocorrido, não tendo sido esta comunicada antecipadamente²¹. Como já vimos anteriormente, esta cláusula considera-se excluída do contrato por força do artigo 8º, alínea d) do Decreto-Lei nº 446/85.

Relativamente aos casos em que, por hipótese, o cartão de consumo até tenha sido entregue num momento anterior à aceitação, importa reiterar que o facto de estas cláusulas aparecerem, na maioria das situações,

²⁰ Neste sentido, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, “Conhecimento Completo e Efetivo por Quem Use de Comum Diligência”, in *NOVA Consumer Lab*, 2021.

²¹ Cfr. acórdão do STJ, de 8 de abril de 2010 (Lopes Rego), onde se lê: “(...) a entidade que pretenda inserir cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares que celebra deve comunicá-las antes da conclusão do negócio, de modo a proporcionar à contraparte a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efetivo do clausulado”. À mesma conclusão chegam os acórdãos do STJ, de 24 de maio de 2007 e de 18 de abril de 2006.

na parte de trás do cartão de consumo, em letras pequenas²² e no meio de outras informações (ver anexo 3, 4, 5 e 6), leva-nos a crer que o seu propósito é, efetivamente, não serem notadas pelo consumidor, o que resultará na sua exclusão do contrato ao abrigo do artigo 8º, alínea c) do Decreto-Lei nº 446/85. Podemos, desta forma, considerá-las cláusulas-surpresa²³, sendo difícil argumentar que o declaratório médio deste tipo contratual, que use de comum diligência, teria notado a cláusula. Neste ponto, importa referir que o contratante normal deste tipo de situações é um indivíduo que não tem conhecimentos de direito do consumo, não está atento às cláusulas contratuais gerais, está num ambiente amigável, descontraído e, possivelmente, sob o efeito de álcool.

Outro problema desta cláusula será, por vezes, o carácter abusivo que lhe é empregue pelo profissional na estipulação do valor da sanção. Como foi referido anteriormente, o valor da “coima” resultante da perda do cartão é definido livremente pelo estabelecimento de diversão noturna, podendo constituir qualquer valor. A liberdade de estipulação das cláusulas não pressupõe que estas não possam ser abusivas relativamente ao seu valor. Neste assunto concreto, não existe nenhum intervalo de valores que nos indique se a coima estipulada será ou não abusiva. Este trabalho lógico-dedutivo terá de ser realizado pelo intérprete. Assim, concluímos que a cláusula que estabelecer uma sanção desproporcionada²⁴ relativamente ao montante a ressarcir (neste caso, será tudo o que o consumidor consumiu) será uma cláusula abusiva e, por isso, relativamente proibida, nos termos do artigo 19º, alínea c) do Decreto-Lei nº 446/85²⁵, e, consequentemente, nula, por força do artigo 12º do mesmo diploma. Esta nulidade não implica a resolução do contrato, nos termos do artigo 13º do Decreto-Lei

²² Nesse sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2021, p. 136, onde se lê que “a apresentação gráfica é muito importante para a apreensão de uma mensagem, dependendo da circunstância concreta a determinação da possibilidade de compreensão efetiva por um destinatário”; e p. 137, onde se lê “as cláusulas transmitidas por escrito devem sê-lo numa letra suficientemente grande para poder ser lida sem dificuldade pelos destinatários”.

²³ Sobre cláusulas-surpresa, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2021, p. 136.

²⁴ Sobre as cláusulas penais, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 585 e ss.

²⁵ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, p. 631.

nº 446/85. Assim, aplica-se o instituto da redução previsto no artigo 292º do Código Civil²⁶.

Posto isto, é possível chegar a certas conclusões, analisando o caso concreto. Imaginemos que, dentro de certa discoteca, a média de preços das bebidas mais consumidas é de 10 EUR. Neste caso, uma cláusula que estipule uma sanção de 100 EUR para a perda do cartão não será, à partida, abusiva. No entanto, numa discoteca em que o preço médio das bebidas mais consumidas é 5 EUR, a cláusula que estipule uma coima de 200 EUR será, no nosso entender, abusiva. É claro que esta conclusão depende das evidências do caso concreto, sendo difícil chegar a uma conclusão abstratamente.

Outra prática recorrente nos estabelecimentos de diversão noturna é a fixação de um código de indumentária²⁷. Este conceito limita a entrada aos indivíduos que se encontrem vestidos da forma que o promotor do evento pretende.

No entanto, quanto a esta matéria, importa averiguar a natureza desta prática, configurando-a como uma cláusula contratual geral. Sem qualquer dúvida, esta é uma cláusula predisposta pelo predisponente, que apenas pode ser aceite e nunca alterada pelo aceitante. Desta forma, como já foi referido anteriormente, para as cláusulas contratuais gerais serem incluídas no contrato, têm de respeitar uma série de requisitos. Neste caso, muitas vezes, o requisito problemático é o da comunicação. Geralmente, o consumidor só toma conhecimento da cláusula quando, num momento posterior à celebração do contrato, é impedido de entrar no estabelecimento por um segurança que invoca a sua forma de vestir como justificação. Assim, torna-se claro que esta não será uma forma adequada de comunicação desta cláusula. Essa comunicação terá de ser realizada adequadamente num momento anterior à concretização do contrato, devendo ser especialmente adequada e explícita por também se destinar a cidadãos estrangeiros que não se relacionam com esta prática nos seus países²⁸.

²⁶ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, pp. 633 e ss.

²⁷ Referido comumente como *dress code*.

²⁸ Cfr. acórdão do STJ, de 26 de fevereiro de 2015 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), onde se diz: “(...) o contraente que as pretende usar deve ter em conta as circunstâncias concretas do aderente, nomeadamente a capacidade e o nível cultural do interessado – em função do

A comunicação atempada será, aqui, também, um tema problemático. Como já vimos, o anúncio da cláusula num momento posterior ao da celebração do contrato é inaceitável²⁹. A comunicação com antecedência mínima aceitável será, à partida, o momento anterior ao momento da aceitação por parte do consumidor. No entanto, mesmo esta pode ser extremamente inconveniente para o consumidor, já que este, se não se encontrar com a vestimenta adequada, terá de, se quiser contratar, voltar a casa para mudar de roupa. Posto isto, somos levados a considerar que, dadas as circunstâncias do caso (analisado em abstrato), a comunicação apenas num momento diretamente anterior ao momento da contratação não se pode considerar adequada, sendo que esta deve ser realizada com uma antecedência necessária de modo a que o consumidor, quando saia de casa, pronto para contratar, tenha o conhecimento efetivo da respetiva cláusula. Note-se que o consumidor poderá até sair de casa (estando pronto para contratar) desde o início do dia, pelo que temos a convicção de que a cláusula deve ser comunicada com, pelo menos, 24 horas de antecedência do evento. Entendemos que qualquer comunicação desta cláusula com menor antecedência não poderá ser conforme aos requisitos do artigo 5º, nº 2 do Decreto-Lei nº 446/85.

2.2.4. Da fixação do preço

No contrato em análise, importa analisar a prática de livre definição dos preços. O que percebemos ao analisar a prática usual dos estabelecimentos de diversão noturna é que, na generalidade das vezes, as ações publicitárias não englobam a especificação do preço da entrada. Claro é, também, que haverá eventos em que o preço se encontra definido nas ações publicitárias, onde, à partida, não existirão tantos problemas. Sabemos, claro, que as partes são livres de estipular o preço que bem entenderem, não sendo o preço excessivo um problema relevante em matéria de Direito do Consumo.

A este ponto, será importante referir que resulta do artigo 8º, nº 1 da Lei de Defesa do Consumidor a obrigação do profissional de, “tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar³⁰ o con-

qual se determinará a comum diligência a que identicamente estará vinculado – e a extensão e complexidade das cláusulas contratuais em causa”.

²⁹ Cfr. acórdão do STF, de 1 de fevereiro de 2000 (Ribeiro Coelho).

³⁰ Este direito do consumidor à informação tem, ainda, tutela jurídico-normativa constitucional, previsto no artigo 60º da CRP. Nesse sentido, ELIONORA CARDOSO, *Lei*

sumidor de forma clara, objetiva e adequada” sobre o preço total dos bens ou serviços³¹. Prevê-se ainda, no nº 4 do mesmo artigo, a possibilidade de resolução do contrato e a exigibilidade do pagamento de uma indemnização³², em caso de incumprimento do referido dever.

Para além do referido anteriormente, o dever de indicação do preço de venda ao consumidor e de prestação de serviços decorre do artigo 134º, nº 1, alínea e), do artigo 135º, e do artigo 30º do Decreto-Lei nº 10/2015, que remete para as disposições do Decreto-Lei nº 138/90, sobre a indicação de preços. Por sua vez, no artigo 10º do referido diploma legal, é estabelecido que os preços de toda a prestação de serviços devem constar de listas ou cartazes afixados no lugar onde são prestados ao consumidor. Neste contexto, pela impossibilidade de separação do objeto contratual de acesso ao espaço físico do objeto contratual de prestação de um serviço, conclui-se que a indicação do preço total a pagar pelo consumidor pelo acesso não deixa de ser obrigatória pelo simples facto de não se tratar apenas de uma simples prestação de serviços. Neste sentido, o artigo 10º deve ser interpretado extensivamente, sendo a sua aplicabilidade ampliada à totalidade do contrato sob análise. Neste ponto importa ainda acrescentar que a violação deste dever de indicação constitui, nos termos do artigo 11º do Decreto-Lei nº 138/90, contraordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas.

Numa outra abordagem, nos casos em que o promotor não publicita o preço do acesso com uma antecedência suficiente³³, o consumidor³⁴ é colocado numa situação de pressão e é levado a tomar uma decisão que não tomaria se estivesse no conforto de sua casa a pensar atempadamente sobre o assunto. No momento em que o consumidor toma conhecimento do preço (saliente-se, já depois de celebrado o contrato), não terá muito tempo para pensar e haverá muitos fatores que o vão levar a decidir pagar

de Defesa do Consumidor Comentada e Anotada, 2012, p. 93; e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 113 e ss.

³¹ O mesmo se prevê no artigo 14º, nº 1, alínea g) da Portaria nº 215/2011.

³² Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2021, p. 96.

³³ Aqui devemos considerar que a antecedência suficiente será qualquer momento desde que anterior ao momento da celebração do contrato como, por exemplo, a publicitação à entrada do estabelecimento em momento anterior à contratação, ou nos sítios da *Internet*/redes sociais.

³⁴ Aqui, leia-se “consumidor médio”, como prevê o artigo 5º, nº 2, do Decreto-Lei nº 57/2008.

o preço: a funcionária de balcão à espera de uma resposta, uma fila grande de indivíduos à espera que este entre para lhe darem a vez, o pensamento do próprio de que “parece mal voltar para trás” ou que “parece mal dizer que é caro” e o próprio ambiente barulhento do estabelecimento, que não é propício a raciocínios desta complexidade. Todos estes fatores levarão o consumidor a contratar, mesmo que a sua vontade tivesse sido outra em circunstâncias normais.

Posto isto, importa, a este ponto, verificar a legalidade desta prática recorrendo ao Decreto-Lei nº 57/2008, o diploma que regula as práticas comerciais desleais³⁵. Desta forma, devemos analisar o artigo 5º, nº1, onde se refere que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor”³⁶. Daqui podemos retirar três elementos, cuja verificação resultará na caracterização da prática como desleal. Serão eles: a existência de uma prática comercial, a desconformidade da referida prática face à diligência profissional e o efeito de distorção do comportamento económico do consumidor. Analisando estes elementos separadamente, podemos concluir que, no contrato de consumo em análise, existirá uma prática comercial³⁷. Esta, como veremos de seguida, poderá ser não só uma ação como uma omissão, como é previsto pelo artigo 3º, alínea d).

De seguida, poderemos considerar a prática como desconforme à diligência profissional. Para tal, é imprescindível examinar a letra do artigo 3º, alínea h), que define o conceito de diligência profissional. Desta forma, consideramos forçoso que a omissão de um elemento essencial da formação do contrato não seja um comportamento contrário à boa-fé e aos

³⁵ Sobre as cláusulas comerciais desleais e o Decreto-Lei nº 57/2008, Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 199 e ss.

³⁶ Importa, aqui, recorrer à alínea e) do artigo 3º do Decreto-Lei nº 57/2008, onde se acrescenta “a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

³⁷ É, nas palavras de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *I Congresso de Direito do Consumo*, 2016, “(...) uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados”.

“padrões éticos pelos quais o profissional deve pautar a sua atividade”³⁸. Quanto ao último elemento, já foi anteriormente referido que esta prática coloca o consumidor numa grave situação de pressão com os vários fatores já mencionados, levando-o, desta forma, a uma distorção do seu normal comportamento económico.

Deste modo, podemos concluir que estas práticas são proibidas, no geral, pelo artigo 4º do presente diploma, mas, também, pelo artigo 32º do Decreto-Lei nº 10/2015³⁹, que fortalece a proteção do consumidor relativamente à atividade de comércio, prestação de serviços e restauração.

Por outro lado, podemos também considerar a prática de omissão do preço ao momento da celebração do contrato como uma omissão enganosa, ao abrigo do artigo 9º, nº 1, alínea a) e b) do Decreto-Lei nº 57/2008⁴⁰. Neste contexto, torna-se crucial salientar que é considerada essencial, pelo artigo 10º do referido diploma, a inserção da informação do preço, incluindo impostos e taxas, nas propostas negociais ou nos convites a contratar. Este artigo será aplicável tanto quando não é indicado o preço para ninguém, como quando só é indicado o preço para um certo grupo, como também é usual nestes eventos⁴¹. Por esta razão, afigura-se óbvio o motivo pelo qual podemos considerar esta cláusula como uma omissão enganosa.

Mais a mais, será ainda oportuno referir que o artigo 9º, nº 2 não poderá ser utilizado, neste caso, como justificação para a omissão, por força da existência de uma vasta quantidade de meios de comunicação do preço que não envolvem o critério do tempo ou do espaço. Por fim, em formato de conclusão, importa analisar as consequências da utilização de práticas comerciais desleais. O regime sancionatório do Decreto-Lei nº 57/2008 está enquadrado no Capítulo III, prevendo-se, no artigo 21º, o regime contraordenacional previsto para as práticas que violem o disposto nos artigos 4º a 12º do Decreto-Lei mencionado.

Terminado o assunto da omissão do preço no momento da celebração do contrato, importa analisar a legalidade da livre fixação do preço depen-

³⁸ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *I Congresso de Direito do Consumo*, 2016, p. 76.

³⁹ Aplicável por força do artigo 1º, nº 1, alínea q) do Decreto-Lei nº 10/2015.

⁴⁰ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2021, p. 97.

⁴¹ É usual, nas ações publicitárias, os promotores do evento anunciarem apenas o preço para os indivíduos do sexo feminino, omitindo a informação para o sexo masculino (sendo, muitas vezes, mais caro para este grupo).

dendo de certas características dos indivíduos⁴². Sabemos, desde logo, que as partes são livres de estipular o preço, mas serão livres de estipular preços diferentes, dependendo, por exemplo, do sexo?

Nestes casos de definição de preços diferentes para os diferentes sexos (ver anexo 7 e 8), mesmo que a diferença de preço seja reduzida, existe uma clara discriminação, impedida diretamente a nível jurídico-constitucional pelo artigo 13º da Constituição da República Portuguesa. O nº 2 deste artigo estabelece explicitamente que ninguém pode ser beneficiado ou prejudicado em função do sexo. Além da tutela constitucional, o ordenamento jurídico português protege o princípio da igualdade de sexos em matéria de acesso e fornecimento de bens ou serviços na Lei nº 14/2008⁴³. Veja-se, nesse sentido, o artigo 4º do referido diploma, que prevê que “é proibida a discriminação, direta ou indireta, tal como definida na presente lei, assente em ações, omissões ou cláusulas contratuais no âmbito do acesso a bens e serviços e seu fornecimento”. Ora, a estipulação de um preço superior para um determinado sexo será, certamente, uma ação discriminatória⁴⁴.

No entanto, a situação torna-se mais controversa nas situações em que o preço é livremente estipulado (num momento posterior ao da celebração do contrato) pelos funcionários. Aqui, sim, abre-se verdadeiramente a possibilidade a um regresso efetivo da reserva ao direito de admissão sob a forma de, por exemplo, se estipular um preço exageradamente elevado para certos grupos. Dependendo das características físicas do indivíduo, da sua forma de vestir, da sua companhia naquele momento, o preço

⁴² Sobre a liberdade de estipulação do preço, Cfr. FÁBIO MARTINS, “As 22 perguntas que sempre quis fazer a um segurança de discotecas”, 24 de maio de 2018, in <https://magg.sapo.pt/atualidade/atualidade-nacional/artigos/as-22-perguntas-que-sempre-quis-fazer-a-um-seguranca-de-discotecas>. O autor, segurança de uma discoteca, responde a possíveis questões de consumidores. Atente-se quando lhe é perguntado “alguma vez cobrou um valor de entrada elevado por não gostar do aspeto da pessoa?”, ao que o autor responde “sim, muitas vezes”.

⁴³ Sobre a Lei nº 14/2008, Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 57 e ss.

⁴⁴ Sobre a discriminação em função do sexo, HELENA RIBEIRO, “Discotecas voltam a abrir portas à desigualdade de género”, 22 de outubro de 2021, in <https://www.esquerda.net/artigo/discotecas-voltam-abrir-portas-desigualdade-de-genero/77495>; e PAULA COSME PIINTO, “As ‘ladies night’ são uma forma de discriminação?”, 3 de julho de 2017, in https://expresso.pt/blogues/bloguet_lifestyle/2017-07-03-As-ladies-night-sao-uma-forma-de-discriminacao-.

varia sem qualquer controlo. Nestes casos, para além de discriminação com base no sexo, abre-se a possibilidade à discriminação com base na raça⁴⁵, na condição social e nas possibilidades económicas. Nesse sentido, importa invocar a Lei nº 18/2004, de 11 de maio⁴⁶, que especializa o combate à discriminação racial ou étnica, e a Lei nº 93/2017⁴⁷, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem.

3. Do conteúdo do contrato

3.1. Da função económico-social

O contrato de acesso a um estabelecimento de diversão noturna tem a função económico-social de troca. É nosso entendimento que a sua função económico-social principal é a troca para o acesso a um espaço físico⁴⁸. No entanto, este contrato misto⁴⁹ contém outras funções, como a de troca para a prestação de um serviço (o serviço do *disc jockey*, dos seguranças), ou, nos casos em que o contrato engloba a oferta de x número de bebidas, a função de troca para a transmissão de um direito, ou, ainda, nos casos em que uma das bebidas oferecidas tenha de ser produzida por um funcionário do estabelecimento, podemos também ter a função de troca para

⁴⁵ CAROLINA BRANCO, “‘Pretos. É difícil. Ciganos não entram’. Há ou não racismo nas discotecas de Lisboa”, Observador, 6 de setembro de 2017, in <https://observador.pt/especiais/pretos-e-dificil-ciganos-nao-entram-ha-ou-nao-racismo-nas-discotecas-de-lisboa/>, acesso em 27 de maio de 2022; SAMUEL SILVA, “Discoteca Urban Beach volta a ser acusada de racismo”, 24 de junho de 2017, in <https://www.publico.pt/2017/06/24/sociedade/noticia/discoteca-urban-beach-volta-a-ser-acusada-de-racismo-1776708>, acesso em 30 de maio de 2022; “Urban Beach ‘reincidente’ em queixas de discriminação racial”, 24 de junho de 2017, in <https://www.dn.pt/sociedade/discoteca-urban-beach-reincidente-em-queixas-de-discriminacao-racial-8588955.html>, acesso em 1 de junho de 2022.

⁴⁶ Sobre a Lei nº 18/2004, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 56 e 57.

⁴⁷ Aplicável por força do seu artigo 2º, nº 1, alínea a).

⁴⁸ Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 2012, p. 213, onde se lê que “incluem-se neste conjunto os contratos que proporcionam o acesso, em comum e em simultâneo com outras pessoas, a um espaço restrito em que as pessoas circulam para desfrutar o lugar e/ou os objetos nele expostos”.

⁴⁹ Sobre as especificidades dos contratos mistos, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, pp. 469 e ss.

a produção de uma obra⁵⁰. Poderemos, não obstante, falar na função económico-social de troca para o uso de coisa corpórea, na eventualidade de o consumidor querer incluir no contrato a cláusula que prevê o arrendamento de um certo espaço dentro do estabelecimento.

É possível, no âmbito do contrato sob estudo, considerar que a principal função económico-social é a função de troca para a prestação de um serviço, argumentando que o mais importante será a música produzida pelo *disc jockey* (doravante, DJ). No entanto, não somos levados a considerar que esta seja a melhor abordagem ao problema, uma vez que, nestas situações, muitas vezes, existe mais do que um DJ, mais do que uma sala de música, na qual a entrada no próprio espaço do estabelecimento abre já a possibilidade de o consumidor usufruir de todos estes serviços. É claro que ambas as funções poderão levar a situações de incumprimento do contrato, tanto no caso de não permissão do acesso, ou no caso de não prestação de serviços de DJ.

3.2. Das partes do contrato⁵¹

Já foi referido na introdução que o contrato de acesso a um espaço de diversão noturna é um contrato entre duas partes: o promotor do evento e o cliente.

Ora, quanto ao primeiro interveniente, importa referir que este pode diferir do proprietário do imóvel onde este pratica a sua atividade. Por força de um contrato de locação (neste caso, o arrendamento), o promotor poderá estar a utilizar um espaço de um terceiro para promover o seu evento. Esta informação (ou a falta dela), não é, à partida, essencial para o consumidor na sua relação, uma vez que o consumidor médio, que use de comum diligência, sabe que, ao contratar, fá-lo com o promotor do evento e não com o edifício ou o seu proprietário. Desta forma, não haverá, por parte do consumidor, dúvidas relativamente à identidade da contraparte.

Quanto ao cliente, devemos referir que este poderá ser uma pessoa singular (o mais usual, neste tipo de contratos) ou coletiva/jurídica. Existem diplomas legais que limitam a figura do consumidor a uma pessoa singular,

⁵⁰ Cfr. artigo 1207º do Código Civil.

⁵¹ Sobre as partes do contrato, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 2012, pp. 25 e ss; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, p. 433.

restringindo a letra da Lei de Defesa do Consumidor, que engloba tanto pessoas físicas e singulares como coletivas e jurídicas.

Importa só evidenciar a ideia de que este contrato pode também ser celebrado entre uma empresa e o promotor do evento. Neste caso, se uma empresa contrata de forma a que os seus funcionários possam entrar no estabelecimento de diversão noturna, o contrato não se celebra com os funcionários considerados individualmente, mas sim com a própria empresa. Neste caso, será duvidosa a interpretação sobre o fim dado ao contrato de acesso pela empresa. No caso de se tratar de uma excursão dos funcionários ao evento num contexto profissional, devemos considerar que o fim do contrato terá um uso não privado e, consequentemente, não poderemos considerar a existência de uma relação de consumo. Nestes casos, como sabemos, não serão aplicáveis as disposições relativas ao Direito do Consumo, diminuindo, desta forma, a proteção do cliente.

É, por outro lado, possível que o contrato de acesso seja celebrado entre o promotor do evento e uma pessoa singular e física e, mesmo assim, não se tratar de um contrato de consumo. Será o caso, por exemplo, em que o indivíduo é contratado para estar naquele evento. Neste caso, o uso dado ao acesso não será privado, pelo que esta relação contratual será menos protegida pelo ordenamento jurídico do que uma relação de consumo própria.

3.3. Dos objetos contratuais

No âmbito do contrato sob análise, torna-se imperativo referir que existe uma pluralidade de objetos do contrato⁵². Em primeiro lugar, do lado do consumidor, o objeto contratual será o dinheiro, a prestação pecuniária. Em segundo lugar, perante a prestação do promotor do evento, teremos como objeto principal o acesso ao estabelecimento de diversão noturna, como já foi referido anteriormente. Para além disso, teremos como objeto a própria prestação do serviço do DJ, dos animadores, etc. Ainda assim, vimos que este contrato poderá englobar, também, a “oferta de x número de bebidas”. Por essa razão, outro objeto deste contrato poderá ser a cessação de crédito (o consumidor passará a ter um direito de crédito sobre o promotor). Ora, podemos, igualmente, abordar a situação de arrendamento de um espaço dentro do estabelecimento destinado apenas a quem

⁵² Sobre o tema dos objetos negociais do contrato, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 547 e ss; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2002, pp. 439 e ss.

o arrendatário pretender. Teremos, normalmente, objetos contratuais acessórios, como a prestação do serviço de limpeza e de segurança.

4. Do cumprimento e incumprimento do contrato⁵³

Depois de analisados os tipos, os objetos e as funções económico-sociais do contrato de acesso a um estabelecimento de diversão noturna, torna-se clara a exposição da situação de cumprimento ou incumprimento do respetivo contrato. Após o momento de concretização do contrato, que já foi previamente analisado, o consumidor tem o direito potestativo de aceder ao espaço e de exigir que lhe sejam prestados os serviços contratualizados. Por sua vez, o promotor do evento é colocado numa posição jurídica passiva de sujeição, não podendo impedir o consumidor de entrar por nenhum motivo que não seja o incumprimento da obrigação de pagamento do preço, o incumprimento das regras gerais do Direito ou a perturbação do normal funcionamento do estabelecimento.

Quanto à legislação aplicável, verifica-se crucial aferir que os artigos 762º a 836º do Código Civil serão aplicáveis às relações de consumo, se outra disposição de Direito do Consumo não regular determinada matéria.

Assim, podemos dizer que o cumprimento do contrato se dá, pela parte do promotor do evento, quando existir conformidade relativamente ao que foi proposto: será, portanto, a permissão de acesso ao espaço do evento, a prestação do serviço do DJ e dos seguranças e a disposição das bebidas a que o consumidor tiver direito⁵⁴. Se qualquer um destes elementos faltar, podemos falar em incumprimento do contrato, que poderá ser total ou parcial, de acordo com o objeto. Se o consumidor for impedido de entrar, teremos um incumprimento parcial. O mesmo será, na nossa perspetiva, se o serviço do DJ não for prestado, uma vez que se trata de um objeto essencial do contrato e a razão primordial pela qual o consumidor decide contratar. Se o promotor do evento não disponibilizar as bebidas a que o consumidor tiver direito, falaremos num incumprimento parcial, uma vez que os objetos essenciais do contrato foram efetivamente prestados.

⁵³ Sobre o cumprimento e incumprimento do contrato, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2020, pp. 197 e ss; e Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, pp. 491 e ss.

⁵⁴ Tal como estatui o artigo 762º do Código Civil, “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”.

Do lado do consumidor, podemos considerar que existiu um cumprimento pontual do contrato quando este pagar o preço. Caso tal não se verifique, constitui-se um incumprimento total do contrato.

Importa, neste momento, falar no revogado “direito de admissão⁵⁵”. Foi nosso entendimento inserir o tema do direito à admissão no capítulo do cumprimento e incumprimento do contrato uma vez que consideramos, como se irá explicar de seguida, que, embora esteja revogado, as formas de contornar a revogação deste direito continuam a ser, na maioria das situações, um completo e injustificado incumprimento do contrato. O direito à admissão era um aviso que muitos estabelecimentos comerciais colocavam, durante a vigência do Estado Novo, à porta dos estabelecimentos e que lhes permitia impedir a entrada dos clientes “menos desejáveis”.

Ora, à luz da legislação atual e dos princípios constitucionais vigentes, como, por exemplo, o princípio da igualdade, este aviso não será admissível. No entanto, têm existido, ao longo dos anos, várias formas de contornar esta proibição, especialmente nos espaços de diversão noturna, que são o foco do nosso estudo. Assim, como já foi referido, há muito poucas formas legais de impedir a entrada de um cliente no estabelecimento⁵⁶. Poderá acontecer se, por exemplo, este mostrar sinais de que vai perturbar o normal funcionamento do estabelecimento ou no caso de este se encontrar lotado ou estiver a decorrer um evento só para aderentes⁵⁷. Esta última informação deve encontrar-se afixada junto da entrada do estabelecimento⁵⁸. Naturalmente, estes últimos dois casos poderão ser utilizados falsamente como pretexto para evitar a entrada de algum indivíduo. Nesse caso, o problema será da competência das autoridades competentes, como a ASAE.

Além das razões enunciadas, os promotores poderão utilizar outras justificações para impedir a entrada de certos indivíduos. Temos o exemplo já referido do código de indumentária que, como já vimos, sendo uma cláusula contratual geral, só será incluída no contrato se for comunicada com a devida antecedência. Outro exemplo será o da estipulação de um preço exageradamente alto, o que, como já foi analisado, levanta inúmeros

⁵⁵ Sobre a reserva do direito à admissão, DECO PROTESTE, “Barrar a Entrada na Discoteca É Legal?”, 27 de dezembro de 2017, in <https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/ferias-lazer/noticias/barrar-a-entrada-na-discoteca-e-legal>.

⁵⁶ Cfr. artigo 12º, n.º 1 e 2 da Portaria nº 215/2011.

⁵⁷ Cfr. artigo 12º, n.º 3 da Portaria nº 215/2011.

⁵⁸ Cfr. artigo 14º, n.º 1, alínea b) da Portaria nº 215/2011.

problemas, tanto a nível da formação do contrato, como a nível das práticas comerciais desleais.

A propósito do tema da “reserva do direito à admissão”, consideramos oportuno abordar o tema das *Whitelist’s* e *Blacklist’s*. Estes conceitos, aplicados ao contexto do contrato *sub judice*, resumem-se, respetivamente, à lista de pessoas às quais é permitida a entrada no estabelecimento quando a todas as outras essa mesma entrada é proibida e à lista de pessoas às quais a entrada é proibida quando a todas as outras é permitida. Como supra-mencionado, o impedimento de entrada aplicado a consumidores tem de obedecer a regras específicas, havendo poucos motivos pelos quais este pode ocorrer. No entanto, quando ocorre, é usual os promotores anotarem a identidade do consumidor com vista a impedi-lo de contratar num momento posterior.

Nos casos referidos, em que o consumidor que se encontra na *Blacklist* de um promotor e tenta voltar a contratar num momento posterior, colocam-se, desde logo, vários problemas. O principal é a ausência de justificação do impedimento. A justificação invocada será, certamente, desatualizada, tendo acontecido num outro contexto e existindo um desfasamento temporal entre o momento em que o consumidor ficou na *Blacklist* (e a sua razão) e o momento em que este volta a tentar contratar. O consumidor emite de forma tácita uma declaração de aceitação da respetiva proposta ao público, verificando-se, desde aí, o contrato de consumo concretizado por força potestativa do direito do consumidor. O impedimento de entrada deverá caracterizar-se como um incumprimento (definitivo) do contrato por parte do promotor, afigurando-se, ainda, uma clara violação do disposto no artigo 131º do Decreto-Lei nº 10/2015.

Acresce que a própria existência de uma *Blacklist* coloca em causa direitos do consumidor. Neste contexto, o promotor do evento poderá utilizar a lista de forma abusiva, impedindo qualquer indivíduo de contratar sem qualquer critério. Tal resulta na ideia estabelecida e perpetuada entre os consumidores de que, ao lidar com os promotores de eventos, funcionários ou seguranças, não poderão reclamar ou procurar efetivar os seus direitos, uma vez que a consequência poderá ser nunca mais poderem entrar no respetivo estabelecimento. O medo leva à não utilização, por exemplo, do livro de reclamações⁵⁹. Claro é que o facto de o consumidor reclamar

⁵⁹ Cfr. artigo 27º do Decreto-Lei nº 10/2015.

os seus direitos nunca poderia ser razão justificativa para o impedimento de acesso.

4.1. Do momento do cumprimento da obrigação de pagar o preço

Já definido o momento da concretização do contrato, importa reiterar o tema do cumprimento da obrigação de pagar o preço. Apesar de este tema ter já sido exposto anteriormente, pretendemos neste capítulo realizar uma análise mais minuciosa.

Posto isto, compete-nos referir que o cumprimento da obrigação poderá ser realizado no momento definido pelas partes, não existindo uma norma legal imperativa quanto ao momento e lugar do cumprimento. Deste modo, na vida prática destes estabelecimentos, o cumprimento da obrigação de pagar o preço pode ocorrer à entrada ou à saída, tal como já foi evidenciado anteriormente.

No modelo de pagamento à entrada, o cliente é encaminhado para um balcão de pagamento logo depois de passar pelo detetor de metais. No caso de o contrato de acesso incluir a “oferta” de um x número de bebidas, o cliente receberá, neste ponto, vales, que funcionarão como um crédito sobre o promotor, ou um cartão recarregável com o seu crédito. No modelo de pagamento à saída, o cliente recebe, à entrada, um cartão de consumo onde é anotado tudo o que este consumiu, tendo a obrigação de, no fim, pagar tudo aquilo. Este pagamento já vai incluir o cumprimento da obrigação resultante do contrato de acesso, mas também dos contratos de compra e venda ou de empreitada que o cliente tenha efetuado ao longo da noite. Ora, ambos estes modelos poderão causar problemas ao nível das práticas comerciais desleais ou das cláusulas contratuais gerais.

5. Conclusão

No presente artigo, percebemos que existe, *in acto*, uma disparidade significativa entre as regras jurídicas aplicáveis e a realidade comum nos referidos contratos. Os estabelecimentos de diversão noturna são locais onde os direitos dos consumidores não são respeitados, sendo recorrentes as violações, tanto a nível civil, como a nível penal. Para o consumidor, é um local de descontração, onde este se encontrará, por vezes, sob o efeito de álcool, não estando capaz de efetivar os seus direitos.

O contrato de acesso a um espaço de diversão noturna resume-se a um contrato celebrado entre o promotor do evento e o cliente, existindo

uma relação de consumo sempre que este último o utilize para fins não profissionais.

O contrato analisado celebra-se segundo o modelo de proposta seguida de aceitação, existindo, geralmente, uma proposta ao público emitida pelo promotor, que será aceite quando se puder considerar que o consumidor apresenta uma vontade inequívoca de contratar, nomeadamente quando é aceite na fila por um segurança do estabelecimento. A aceitação por parte do consumidor resulta na vinculação de ambas as partes ao cumprimento das respetivas obrigações.

Havendo cláusulas contratuais gerais, estas devem respeitar as normas estabelecidas na lei especial, tendo, sob pena de serem excluídas, de ser conexas, comunicadas e esclarecidas. Tal ocorre com as cláusulas problemáticas analisadas anteriormente no presente texto. Desta forma, cláusulas como a que prevê uma coima no caso de perda do cartão de consumo ou a cláusula do *dress code* têm de ser comunicadas atempadamente, num momento anterior ao momento do consumidor ser admitido pelo segurança a entrar no recinto. Relativamente à primeira cláusula, a solução ideal seria, por exemplo, terminar com a prática de cumprir a obrigação de pagar o preço à saída do recinto. É uma prática ineficiente quanto ao custo e relativamente ao tempo que o consumidor demora em filas quando decide sair. É nossa opinião que a prática preferível, neste sentido, num âmbito de economia temporal, seria a de o consumidor pagar à entrada, sendo-lhe facultado uma espécie de cartão de crédito onde este poderá creditar o montante que entender e usá-lo para consumir dentro do estabelecimento. Na hipótese de continuar a ser utilizada a prática, esta deverá ser comunicada adequadamente de modo a disponibilizar um conhecimento efetivo da cláusula de perda.

No caso do *dress code*, a comunicação deve ser ainda anterior, permitindo que o consumidor conheça a cláusula quando decide, em casa, contratar. Uma boa solução seria, por exemplo, anunciar a cláusula nas ações publicitárias onde se publicitam os eventos.

A fixação do preço deve respeitar sempre as regras gerais da boa-fé, devendo este ser sempre comunicado num momento anterior ao da celebração do contrato, sob pena de a prática contrária ser considerada como uma prática comercial desleal. Deve, ainda, respeitar o princípio constitucional da igualdade, não podendo nunca ser discriminatório em função do sexo, da raça, da etnia, da condição social, entre outros. A este ponto, é

importante que o preço esteja previamente estabelecido e comunicado nas ações publicitárias ou na lista de preços à porta do estabelecimento. Esta solução impediria, por sua vez, qualquer discriminação possível. É, ainda, crucial eliminar a discriminação com base no sexo, igualando os preços para ambos, deixando, assim, de se objetificar o sexo feminino, utilizando-o como *marketing* publicitário. Uma medida drástica para o sexo feminino, mas essencial para o princípio da igualdade necessário.

Por fim, para além das soluções proferidas, importa ainda salientar que é primordial desenvolver uma maior sensibilização junto dos consumidores sobre os seus direitos (um dos objetivos do presente artigo), a par de uma maior fiscalização por parte das autoridades competentes (neste caso, ASAE⁶⁰), com vista a punir todos os abusos mencionados. É, por sua vez, indispensável uma maior fiscalização por parte de agentes policiais para evitar situações de violência e discriminação tão recorrentes neste meio. Por último, consideramos basilar uma maior consciencialização dos funcionários e seguranças destes estabelecimentos para o respeito da lei e dos princípios básicos da dignidade humana dos consumidores, sendo tarefa dos promotores evitar que os primeiros lidem com os segundos de forma bruta e grosseira.

Bibliografia

Livros

- AA. VV., *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2016;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Formação do Contrato no Código Civil de 1966*, Almedina, Coimbra, 2017;
- CARDOSO, Elionora, *Lei de Defesa do Consumidor Comentada e Anotada*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2012;
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2021;
- CARVALHO, Pedro Nunes de, *Dos Contratos, Teoria Geral dos Contratos em Especial*, SPB, Lisboa;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85*, de 25 de outubro, Almedina, Coimbra, 1991;
- PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2021;

⁶⁰ Em ações descaracterizadas, por exemplo.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1992;
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2002;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de e VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

Artigos

- CARVALHO, Jorge Morais, “Conhecimento Completo e Efetivo por Quem Use De Comum Diligência”, 2021, in *NOVA Consumer Lab*;
- CARVALHO, Jorge Morais, “Contrato para a Assistência a Espetáculo Desportivo”, in www.jorgemoraiscarvalho.com, 2011;
- MARTINS, Fábio, “As 22 perguntas que sempre quis fazer a um segurança de discotecas”, 24 de maio de 2018, in <https://magg.sapo.pt/atualidade/atualidade-nacional/artigos/as-22-perguntas-que-sempre-quis-fazer-a-um-seguranca-de-discotecas>;
- PINTO, Paula Cosme, “As ‘ladies night’ são uma forma de discriminação?”, 3 de julho de 2017, in https://expresso.pt/blogues/bloguet_lifestyle/2017-07-03-As-ladies-night-sao-uma-forma-de-discriminacao;
- PROTESTE, Deco, “Barrar a entrada na discoteca é legal?”, 27 de dezembro de 2017, in <https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/ferias-lazer/noticias/barrar-a-entrada-na-discoteca-e-legal>;
- RIBEIRO, Helena, “Discotecas voltam a abrir portas à desigualdade de género”, 22 de outubro de 2021, in <https://www.esquerda.net/artigo/discotecas-voltam-abrir-portas-desigualdade-de-genero/77495>;
- BRANCO, Carolina, “Pretos. É difícil. Ciganos não entram’. Há ou não racismo nas discotecas de Lisboa”, Observador, 6 de setembro de 2017, in <https://observador.pt/especiais/pretos-e-dificil-ciganos-nao-entram-ha-ou-nao-racismo-nas-discotecas-de-lisboa/>.

Dissertações de doutoramento

- CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, março de 2011, in https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf;

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de fevereiro de 2000 (processo nº 99A877), relator Ribeiro Coelho, in www.gdsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2003 (processo nº 03B1384), relator Araújo Barros, in www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de abril de 2006 (processo nº 06A818), relator Sebastião Póvoas, in www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2007 (processo nº 07A1337), relator Sebastião Póvoas, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de abril de 2010 (processo nº 3501/06.3TLSB.Cl.S1), relator Lopes Rego, in www.dgsi.pt;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2015 (processo nº 738/12.0TBCVL.Cl.S1), relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, in www.dgsi.pt.

Legislação

Código Civil;

Constituição da República Portuguesa;

Decreto-Lei nº 10/2015 – Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração;

Decreto-Lei nº 57/2008 – Regime Jurídico 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;

Decreto-Lei nº 135/2014 – Estabelece as medidas de segurança obrigatórias em estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de espaços ou salas destinados a dança, ou onde habitualmente se dance, incluindo os integrados em empreendimentos turísticos, se acessíveis ao público em geral;

Decreto-Lei nº 138/90 – Indicação de preços;

Decreto-Lei nº 446/85 – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais;

Lei nº 14/2008, de 12 de março – Combate à discriminação em função do sexo;

Lei nº 18/2004 de 11 de maio – Combate à discriminação racial ou étnica;

Lei nº 24/96 – Lei de Defesa do Consumidor;

Lei nº 35/2019 – Altera as medidas de segurança obrigatórias em estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de espaços ou salas destinados a dança, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei nº 135/2014, de 8 de setembro;

Lei nº 93/2017 – Estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem;

Portaria nº 215/2011;

Notícias

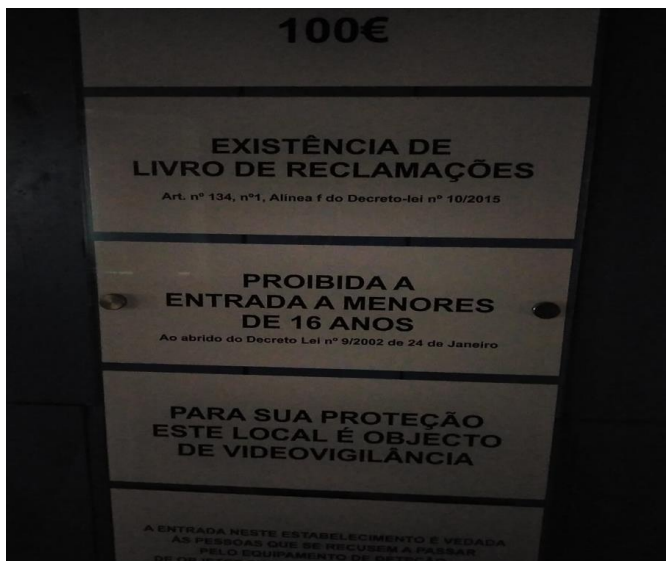
Empresa de Segurança vai punir responsáveis por confrontos na Urban Beach. Jornal de Notícias, 3 de novembro de 2017, in <https://www.jn.pt/justica/empresa-de-seguranca-vai-punir-responsaveis-por-confrontos-naurbanbeach-8891624.html>. Acesso em 25 de maio de 2022;

SILVA, Samuel, “Discoteca Urban Beach volta a ser acusada de racismo”, 24 de junho de 2017, in <https://www.publico.pt/2017/06/24/sociedade/noticia/discoteca-urban-beach-volta-a-ser-acusada-de-racismo-1776708>. Acesso em 30 de maio de 2022;

LUSA, Agência, “Autoridades investigam agressão de segurança a cliente em discoteca de Albufeira”, Observador, 10 de outubro de 2021, in <https://observador.pt/2021/10/10/autoridades-investigam-agressao-de-seguranca-a-cliente-em-discoteca-de-albufeira/>. Acesso em 1 de junho de 2022;

“Urban Beach ‘reincidente’ em queixas de discriminação racial”, 24 e junho de 2017, in <https://www.dn.pt/sociedade/discoteca-urban-beach-reincidente-em-queixas-de-discriminacao-racial-8588955.html>. Acesso em 1 de junho de 2022.

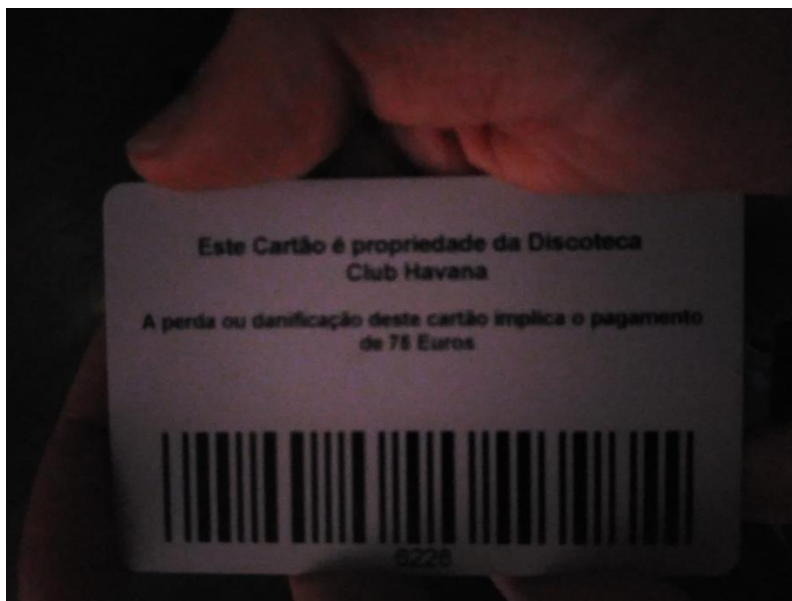
Anexos



Anexo 1



Anexo 2



Anexo 3



Anexo 4



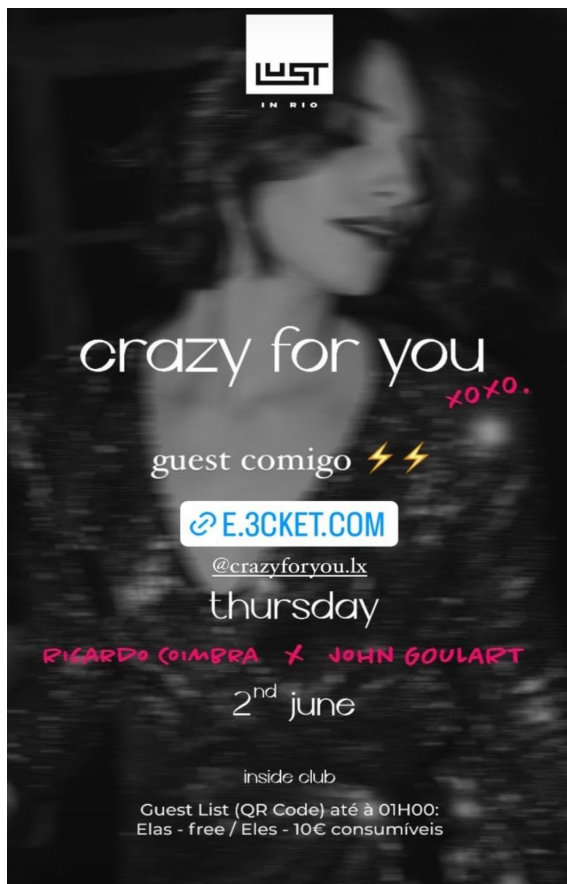
Anexo 5



Anexo 6



Anexo 7



Anexo 8

II

TESES DE MESTRADO

A PUBLICIDADE EM JOGOS *FREE TO PLAY*: UMA ANÁLISE SOBRE O *ADVERGAME* DIRIGIDO À CRIANÇA*

ALYNE GRAZIELI CALISTRO

Resumo: Na presente dissertação foi realizada pesquisa acerca da evolução da sociedade de consumo e de como a criança desempenha um papel de destaque no desenvolvimento e perpetuação do *modus operandi* atual. Somada às técnicas de publicidade que permitem o conhecimento e difusão de novos produtos e serviços, por meio da instigação ao consumismo, sentimentos de pertencimento e busca da felicidade através da compra, observa-se seus impactos em pessoas de todas as idades e classes sociais. Foi demonstrado como as crianças influenciam e são influenciadas, sobremaneira de forma negativa, pelo excesso da comunicação mercadológica, e como as novas técnicas de marketing e publicidade atingem o público infantil, em especial o *advergaming* e suas subcategorias, com destaque ao *advergame*. Com a posterior análise do arcabouço legal protetivo da criança frente ao mercado de consumo e da regulação da publicidade através de ordenamentos estatais e autorregulamentações do setor no Brasil, Espanha, França e Portugal, que acabaram por demonstrar grande similitude em seus princípios norteadores para a publicidade lícita.

* Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Direito Internacional e Europeu. Orientador: Doutor Jorge Morais Carvalho (Professor Associado da NOVA School of Law).

Palavras-chave: Publicidade; *Advergaming*; *Advergame*; Sociedade de Consumo; Proteção Integral da Criança; Regulação e Autorregulação da Publicidade.

Abstract: The thesis research was developed on the evolution of the consumer society and how children play a prominent role in the development and perpetuation of the current *modus operandi*. Summed to advertising techniques that allow the knowledge and dissemination of new products and services by instigating consumerism, feelings of belonging, and the pursuit of happiness through shopping, its impacts can be noticed in all ages and social classes. It was demonstrated how children influence and are influenced, especially negatively, by the excess of marketing communication, and how new marketing and advertising techniques reach children, especially *advergaming* and its subcategories, such as *advergame*. Following further analysis of the child protection legal framework in the consumer market and the advertising regulation corresponding to the sector's public legislations and sector self-regulation in Brazil, Spain, France, and Portugal, they proved to be greatly similar with respect to their guiding principles for lawful advertising.

Keywords: Advertising; *Advergaming*; *Advergame*; Consumer Society; Integral Child Protection; Advertising Law; Self-regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS

CBAP	–	Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CBAP	–	Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CF/BR	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CONANDA	–	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR	–	Conselho nacional de Autorregulação Publicitária
CPu	–	Código de Publicidade Português
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
EASA	–	European Advertising Standards Alliance
ECA	–	Estatuto da Criança e do Adolescente
F2P	–	Free to Play
IAB	–	Interactive Advertising Bureau
ICC	–	International Chamber of Commerce
ONU	–	Organização da Nações Unidas
RPCD	–	Regulamento das Práticas Comerciais Desleais
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TFUE	–	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	94
1. DA SOCIEDADE DE CONSUMO	98
1.1. DA FASE I	98
1.2. DA FASE II	99
1.3. DO HIPERCONSUMO	101
1.4. A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO	103
2. DA PUBLICIDADE EM JOGOS ONLINE	107
2.1. OS JOGOS FREE TO PLAY (F2P)	107
2.2. DO ADVERGAMING	108
2.2.1. DO <i>IN-GAME ADVERTISING</i>	109
2.2.2. DO <i>AROUND GAME ADVERTISING</i>	111
2.2.3. DO <i>BEHAVIORING DATA ADVERTISING</i>	113
2.2.4. DO <i>ADVERGAME</i>	115
2.3. VANTAGENS DO <i>ADVERGAME</i> PARA AS MARCAS	120
2.4. DECORRÊNCIAS DA EXPOSIÇÃO À PUBLICIDADE	123
3. DA CRIANÇA COMO TITULAR DE DIREITOS E A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE	127
3.1. DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA	127
3.2. O CONSUMIDOR CRIANÇA	132
3.3. CONCEITOS: <i>MARKETING</i> , PROPAGANDA E PUBLICIDADE	135
3.4. REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE	139
3.4.1. BRASIL	139
3.4.2. UNIÃO EUROPEIA	144
3.4.3. ANÁLISE: ESPANHA, FRANÇA E PORTUGAL	147

3.5. PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA PUBLICIDADE: DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA E DA VERACIDADE	154
3.6. DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA	159
CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

A comunicação comercial é uma das ferramentas mais importantes de difusão e manutenção da sociedade de consumo em que vivemos hoje. É a atividade que permite o conhecimento de novos produtos e serviços, assim como cria aparentes necessidades de consumo.

Seu poder advém da possibilidade de transformação, pois não é mecanismo exclusivo de propagação de mensagem. Nesse aspecto, a comunicação comercial se desenvolve sob diversos meios de transmissão, os quais têm se transformado ao longo dos anos.

Tome-se como exemplo o intenso uso de publicidade e propaganda através da televisão para divulgação de produtos e serviços, que foi e ainda é forma de atingir massas de consumidores. Entretanto, as marcas descobriam o poder do alcance da Internet e sobretudo das mídias sociais.

O aprimoramento das técnicas de publicidade e marketing para que as marcas alcancem maior lucratividade e visibilidade atualmente se dá por meio de estratégias mais direcionadas ao público-alvo de cada produto e serviço e, no mundo tecnológico, a divulgação ocorre não só nas plataformas digitais como nas redes sociais, mas igualmente nos *games online*.

Uma das razões para tanto é o relevante crescimento e alta lucratividade do mercado de jogos. No último ano, a receita global de jogos *online* foi de \$174.9 bilhões, cifras essas que tendem a aumentar, diante de diversos fatores como a pandemia¹ e a busca de entretenimento dentro de casa.

¹ No ano de 2020, a OMS incentivou os jogos *online* devido à pandemia, como verificado em estudo do mercado de *games* realizado pela NewZoo: “the lockdown measures across the world have accelerated – and even catalyzed – change in the games market. Ten years ago, younger generations were leaving behind traditional media for social media. Today, they are leaving behind social media for the more

Ademais, a difusão de jogos para *smartphones*, que representam 43% desse mercado, torna possível o alcance de diversas faixas etárias e classes sociais, transformando os jogos *online* em uma nova mídia social.

Para mais, as últimas pesquisas mostram que, até 2023, existirão mais de 3 bilhões de jogadores *online*². Considerando que o crescente público não está restrito aos adolescentes e adultos, mostra-se de grande relevância a busca pelo público infantil e sua fidelização. Afinal, crianças são consumidores que também tiveram seu modo de consumir e brincar modificados pelo acesso à Internet e às novas tecnologias.

Crianças das gerações Z (nascidas entre 1995 e 2009) e Alpha (nascidos a partir de 2010) já iniciaram suas vidas em um mundo tecnológico e intensamente conectado, repleto de possibilidades e ausente de fronteiras geográficas³, o que viabiliza a busca por conhecimento, diversão e entretenimento em qualquer parte do mundo e momento, características essas que vão ao encontro dos interesses do mercado de *games* e sua forma de difusão.

Os jogos *online* são consumidos através de consoles, computadores, *notebooks*, tablets ou, da forma mais fácil e prática, o celular (*smartphone*). Apesar das restrições de acesso a determinados jogos por seus conteúdos, conforme a faixa etária do jogador, há material e interesse para todas as idades nos jogos pagos ou gratuitos.

É através dos jogos gratuitos, *free to play* (F2P), que será desenvolvida a presente dissertação, com enfoque na forma como esses jogos utilizam-se da publicidade para obterem renda e construir seu mercado consumidor. Frise-se que seu descarregamento pelos aparelhos eletrônicos é gratuito, mas é possível a monetização nos jogos.

interactive experiences that gaming offers. Playing games has always been an inherently social experience, and this year, the World Health Organization officially promoted video games as a recommended social activity during the pandemic". Newzoo's 2020 Global Games Market Report, p. 4, disponível em: www.newzoo.com/gamesreport, acessado em 26/01/2021.

² The year 2023 will mark a major milestone for the global games market. That year, the total number of players will surpass the three-billion mark, representing a CAGR (2015-2023), p. 19. Newzoo's 2020 Global Games Market Report, disponível em: www.newzoo.com/gamesreport, acessado em 26/01/2020.

³ Em pesquisa realizada pela EU KIDS online, demonstra que 80% das crianças entre 9 a 16 anos usam *smarthphones* para acessar a Internet pelo menos uma vez por dia. Smahel, D., Machackova, H., Mascheroni, G., Dedkova, L., Staksrud, E., Ólafsson, K., Livingstone, S., and Hasebrink, U. (2020). EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries. EU Kids Online. <https://doi.org/10.21953/1se.47fdeqj01ofo>, acessado em 28/01/2021.

Dentre as formas de obtenção de monetização, destaca-se a publicidade nos *games* e os jogos desenvolvidos única e exclusivamente em volta da marca, produto, serviço ou determinado evento. Une-se o *game* com a publicidade, seja de forma direta ou indireta e não perceptível, a depender da idade do jogador.

A fórmula dos jogos F2P vem da inserção desses anúncios e compras online e da possibilidade de se formar um mercado consumidor, visto que cada jogo é desenvolvido para atrair um público-alvo. A partir daí, nasce o problema para o jurista. A inserção dessa espécie de anúncio em jogos *online* voltados para o público infantil é lícita? Se lícita, é também ética?

Os jogos são classificados conforme a faixa etária, porém é possível assegurar que a publicidade neles inserida também respeitará a classificação indicativa? Além disso, há de se ter em mente as fases de desenvolvimento da infância, posto que a percepção e entendimento sobre diversos temas, dentre eles a publicidade⁴, é absorvida e compreendida de diferentes formas, a depender da etapa de desenvolvimento da criança.

Ainda que as crianças não tenham o completo desenvolvimento cognitivo para compreender o conteúdo publicitário, é certo que possuem poder de influência sobre os pais, facto conhecido e explorado pelo mercado publicitário, tornando o direcionamento de publicidade para esse público forma eficaz de modificação do mercado de consumo.

O fator amolação⁵, como é conhecido, representa cerca de 88%⁶ das compras em supermercados no Brasil, por exemplo.

⁴ Aplicativos de jogos são o mais recente campo de batalha na publicidade infantil: “(...) no desenvolvimento, as crianças não sabem onde os jogos terminam e os anúncios começam até os 8 anos de idade, de acordo com a American Psychological Association. Robb diz que as crianças não entendem a intenção persuasiva, o facto de que os anunciantes estão tentando vender algo para elas”. CONICK, Hal. *Game apps are the latest battleground in child advertising*. American Marketing Association. Disponível em: <https://www.ama.org/marketing-news/game-apps-are-the-latest-battleground-in-child-advertising/>, acessado em 28/01/2020.

⁵ Regulação da publicidade e do merchandising dirigidos a crianças e adolescentes: “há um consciente e explícito reconhecimento do mercado publicitário sobre a eficácia de se valer das crianças como instrumentos capazes de amolar (*nagging*, em inglês) para que os pais adquiram os produtos anunciados. Para a pesquisadora americana Susan Linn, uma das provas mais consistentes de que o setor privado adota tal estratégia está em estudo publicado em 1998 sobre o tema”. VIVARTA, Vett. *Direitos da infância e direito à comunicação: fortalecendo convergências nos marcos legais e nas políticas públicas*. ANDI, Brasília, 2013, p. 109. ISBN: 958-85-63200-00-0.

Assim, é evidente o interesse do mercado em estimular de forma precoce o consumo exacerbado, o que nos leva hoje a uma sociedade de hiperconsumismo.

Ademais, o apelo consumerista estimulado desde cedo contribui para que crianças consumam produtos de baixa qualidade nutricional, iniciem a fase adulta precocemente e sejam indevidamente erotizadas. E mais, são levadas a querer o que não podem ter, o que torna a desigualdade social mais aparente e problemática, além da coleta de dados pessoais e até dados pessoais sensíveis e sua utilização irregular.

Diante disso, será estudada a importância e o relevante papel da criança na sociedade de consumo como um potencial público-alvo de mensagens publicitárias e como hoje se dá o desenvolvimento da atividade publicitária em *games online* sob o formato de *advergaming*, *in game-advertising*, *around game advertising*, *behavoring data advertising* e *advergame*, com foco nos jogos F2P, as vantagens dessas técnicas e as consequências advindas da exposição ao material publicitário aos infantes.

Posteriormente, comprovados os aspetos negativos da exposição de intensa publicidade ao público infantil, aborda-se sua proteção integral prevista em Convenções Internacionais e ordenamentos jurídicos internos, bem como a sua proteção como consumidor hipervulnerável.

Por fim, esclarece as diferenças entre *marketing*, propaganda e publicidade e como algumas nações regulam a atividade publicitária, com enfoque na proteção à criança nos ordenamentos, princípios e códigos autorregulamentadores de países como o Brasil, Espanha, França e Portugal, realizando uma microcomparação entre os sistemas jurídicos europeu e brasileiro⁷, para, então, responder à questão quanto à licitude dessa nova forma de atividade publicitária.

⁶ SCHNAIDER, Amanda. Influência dos filhos no supermercado é de 88%. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/influencia-dosfilhos-no-supermercado-e-de-88.html><https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/19/influencia-dos-filhos-no-supermercado-e-de-88.html>, acessado em 26/01/2021.

⁷ “A microcomparação consiste na comparação entre institutos jurídicos afins e ordens jurídicas diferentes”. Por sua vez, “comparáveis seriam os institutos que, em ordens jurídicas diferentes, dão resposta jurídica a necessidades semelhantes, resolvendo o mesmo problema, social, político ou econômico”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Introdução ao Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1998, p. 10 e 23.

1

DA SOCIEDADE DE CONSUMO

1.1. DA FASE I

A sociedade de consumo se inicia no fim do século XIX, alcançando pleno desenvolvimento no século XX, por volta de 1920. Substitui a sociedade de produtores⁸, momento identificado pela ausência de produção em grande escala e pelo transporte e comunicação de novas mercadorias de forma precária e pouco difundida, mas sobretudo era uma sociedade que se organizava e se desenvolvia sob o foco exclusivo do trabalho.

Durante a segunda metade do século XIX até a 2ª Guerra Mundial, há relevante desenvolvimento e melhora na indústria, através da utilização de máquinas, construção de estradas de ferro e a invenção do telefone, inovações que permitiram a fabricação de produtos em larga escala⁹ com baixo custo, transporte e distribuição de mercadorias para lugares não antes atingidos e a comunicação da existência destes.

Dessa forma, produtos duráveis e não duráveis começaram a ser produzidos em grande volume e sob custo menor, o que possibilitou o acesso

⁸ Cabe explicar que a sociedade de produtores era pautada no trabalho, na obediência, na sedimentação das classes sociais, na burocratização, na busca pela segurança e no pensar coletivo. Imperava o respeito à ordem e um modo de vida voltado para a segurança, não havia busca de qualquer prazer individual. BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Ed: Zahar, 2012, Apple Books. pp. 138-139. ISBN: 978-85-378-0860-3.

⁹ “No fim dos anos 1880, nos Estados Unidos, uma máquina já podia fabricar 120 mil cigarros por dia: trinta dessas máquinas bastavam para saturar o mercado nacional. Máquinas automáticas permitiam que 75 operários produzissem todos os dias 2 milhões de caixas de fósforos”. LIPOVETSKY, Gilles, A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo, tradução: Maria Lucia Machado. Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 27.

para grandes massas e o surgimento da cultura do consumo, com a importante presença do *marketing*.

Assim, a fase I se desenvolveu alicerçada em três importantes fatores: a indústria em larga escala, os meios de comunicação para dar publicidade e o transporte para distribuir os novos produtos, que tornaram possível criar o conceito e valor à marca. Inicia-se o consumo pela marca de determinado produto, pelo nome estampado em sua etiqueta ou rótulo, desvinculando do comerciante que a vende e o próprio conteúdo da compra¹⁰.

Outro fator de destaque foi o fortalecimento da classe trabalhadora, pois produtos antes acessíveis somente à elite passaram a ser adquiridos por outras classes, as quais visam se encaixar no mesmo padrão de consumo, por meio da aquisição dos mesmos bens de consumo¹¹.

Frise-se que a expansão do consumo e a consequente construção da sociedade de consumo se deu sobremaneira pela possibilidade de a classe trabalhadora poder adquirir bens não essenciais.

E, para possibilitar o acesso e o conhecimento das novidades do mercado e sobretudo criar o desejo sobre a marca, a publicidade invade os meios de comunicação à época, assim como os grandes centros comerciais, que são transformados em locais de lazer e passeio.

O ir ao shopping (centro comercial) para “olhar a vitrine” constitui-se um novo passatempo, o lazer da classe média, que deseja e almeja novos objetos. Constitui um estilo de vida da época, o ato de consumir não é digno de culpa e se perpetua até hoje, é o chamado consumo-sedução, característico da fase I¹².

1.2. DA FASE II

A fase II, conhecida como sociedade da abundância, toma início ao final da Segunda Guerra Mundial, no período entre 1950-1980. Tal fase permitiu à sociedade de consumo de massa a compra de bens duráveis, como carros e eletrodomésticos, aquisições antes exclusivas da classe dominante.

¹⁰ STRASSER, Susan, *Satisfaction guaranteed. The making of the American Mass Market*, Nova York, Pantheon Book, 1989, pp. 87-88 e 35.

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo*, tradução: Maria Lucia Machado, Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 30-31.

¹² LIPOVETSKY, Gilles, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo*, tradução: Maria Lucia Machado, Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 31.

O consumo é democratizado e alcança outras camadas da sociedade que têm a possibilidade de usufruir não somente de bens duráveis, mas também permite a busca e o acesso ao lazer, à moda e exercer o direito a tirar férias.

Isso se deu sobremaneira devido à influência da economia fordista. O modelo taylorismo-fordismo, com as linhas de produção automatizada, possibilitou a produção industrial de produtos padronizados. Em consequência, houve aumento do nível da produtividade no trabalho, crescimento da renda e economia¹³.

Devido à grande produção em massa e, conseqüentemente, o excesso de oferta, tornou-se necessária a criação de mecanismos para escoar tais bens, como a determinação do prazo de validade e a obsolescência programada.

A utilização da obsolescência programada para tal efeito pode ser vislumbrada através da obsolescência técnica ou funcional, obsolescência programada psicológica ou estética e obsolescência programada indireta. Na primeira hipótese, são criados instrumentos para reduzir a durabilidade do produto.

Por outro lado, na técnica da obsolescência programada psicológica ou estética há lançamento de novos modelos do mesmo produto em curto prazo, criando a sensação, por meio do *marketing*, de não desejo por produtos ditos desatualizados. E, por fim, a obsolescência programada indireta, na qual de forma proposital há falta de peças de reposição no mercado ou mesmo a incompatibilidade com as novas versões, o que impossibilita o reparo dos objetos e diminui a vida útil dos produtos frente às novas versões e adaptações criadas¹⁴.

Tais instrumentos são utilizados pela comunicação mercadológica para influenciar o mercado consumidor a trocar seus produtos por outros supostamente mais atualizados e melhores, além de criar novos objetos de consumo e conseqüente necessidade de tê-los, em uma linha de tempo menor do que a real necessidade de consumo.

¹³ LIPOVETSKY, Gilles, A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo, tradução: Maria Lucia Machado, Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 32.

¹⁴ AMORIM, Ana, Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparadas de direito luso-brasileiro, Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 11, nº 2, pp. 153-176, outubro de 2019, p. 155, disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3171>, acessado em 20/06/2021.

Nessa fase há o nascimento do individualismo consumista, a busca de prazeres individuais e efêmeros que são estimulados pela publicidade, a qual exerce papel fundamental na sedimentação desse estilo de vida. Para isso, a publicidade e o *marketing* são ferramentas de relevante apelo para o consumo, pois o vendem como sinônimo de felicidade, sucesso e consequente integração em determinado grupo social¹⁵, já que a busca do prazer individual, notório na fase II, não é sua única característica.

Assim, o ato de consumir também consolida e proporciona um *status* social, posto que, ao adquirir ou usufruir de determinado bem de consumo, o indivíduo torna-se também sujeito de determinada classe social, o que lhe dá certo prestígio e sentimento de pertencimento¹⁶.

Conclui-se que a fase I tornou o consumo de bens duráveis possível para a classe operária. Contudo, a fase II aumenta o alcance dos bens às massas, possibilitado pela maior difusão de mercadorias, pelo desenvolvimento da indústria, dos transportes e da comunicação. E sobremaneira, pelo incentivo ao consumo pessoal, individual, atingindo aspectos pessoais, sociais e de prazer ao indivíduo.

1.3. DO HIPERCONSUMO

Ultrapassada a segunda fase da sociedade de consumo, inicia-se a fase III, na década de 1960-1970, correspondente à sociedade do hiperconsumo, que agora explora as frustrações do ser humano de forma individual, cada vez mais frágil e dependente de novas sensações e experiências para curar seus desapontamentos.

Na etapa do hiperconsumismo, o poder de compra atinge todas as classes sociais, há democratização ao acesso a determinados confortos e lazeres, para mais e para menos, e, por consequência, o mercado auferir mais lucros devido ao desejo de consumir já instalado. Observa-se, nessa fase,

¹⁵ Nas palavras de OLIVIERO TOSCANI: “a publicidade não vende produtos nem ideias, mas um modelo falsificado e hipnótico da felicidade. (...) É preciso seduzir o grande público com um modelo de existência cujo padrão exige uma renovação constante do guarda-roupa, dos móveis, televisão, carro, eletrodomésticos, brinquedos das crianças, televisão, todos os objetos do dia a dia. Mesmo que não sejam verdadeiramente úteis”. TOSCANI, Oliviero. *A publicidade é um cadáver que nos sorri*. Trad. Luiz Cavalcanti de M. Guerra. Ediuouro, Rio de Janeiro, 1996, p. 27.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo*. Tradução: Maria Lucia Machado. Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 40.

que a procura por bens de consumo não se limita à inserção de determinada classe social ou ao sentimento de pertencimento.

Além disso, há concorrência e poder de escolha. Ao fazer uma nova aquisição procura-se por qualidade, não se busca apenas mais um novo objeto. Há procura por bens personalizados, que remetem ao “feito para mim”, à exclusividade, ao diferente.

Nessa fase, a publicidade e o *marketing*, mais uma vez, utilizam-se das emoções para atingir o consumidor. Porém, sob outra perspectiva, não há mais estímulos para o sentimento de pertencimento e sim para a personalização, o chamado consumo emocional. Não mais se enumeram e demonstram os benefícios funcionais de um produto.

O objetivo é envolver o consumidor, de modo que a publicidade materializa-se como a arte da sedução nesse contexto, pois cria o querer sob determinado objeto, sendo aqui a sedução representada pela fuga da realidade criada pela mensagem publicitária.

Observa-se que as campanhas publicitárias focam nos valores e emoções trazidas pelo bem. O produto em si não é o foco, mas o que ele representa, um modo de ser, um conceito¹⁷. O objetivo é transformar o ato de consumo em ato natural e intrínseco, como qualquer outro ato efetuado pelos seres humanos, para que dessa forma sua ação não seja questionada.

Com o enaltecimento da individualidade e a carga emocional da publicitação dos novos produtos, o indivíduo não almeja mais demonstrar pertencimento a dado estamento social e as questões de ordem política, religiosa e sociais são deixadas em segundo plano. É através do consumo que as pessoas demonstrarão suas características pessoais, sua identidade, seus gostos e seu modo de ver o mundo que serão expostos através de seus atos de consumo¹⁸.

¹⁷ Como explica GILLES LIPOVETSKY: “não é mais a hora da fria funcionalidade, mas da atratividade sensível e emocional. Diferentemente do marketing tradicional, que valorizava argumentos racionais e a dimensão funcional dos produtos, muitas marcas agora jogam a carta da sensorialidade e do afetivo, das “raízes” e da nostalgia (o “retromarketing”)... O sensitivo e o emocional tornaram-se objetos de pesquisa de *marketing* destinados, de um lado, a diferenciar as marcas no interior de um universo hiperconcorrente, do outro lado, a prometer uma “aventura sensitiva e emocional” ao hiperconsumidor em busca de sensações variadas e de maior bem-estar sensível”. LIPOVETSKY, Gilles, A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 45.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles, A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo, Companhia das Letras, 2007, pp. 44-45.

Além da criação do elo sentimental entre o indivíduo e determinada marca, observa-se, na fase III, também o consumo de bens materiais sendo substituído por gastos com experiências, ou seja, lazer, jogos e viagens.

Assim, a publicidade foi reinventada na fase III para criar ambientes aconchegantes e acolhedores nos interiores das lojas. Para além de estimular a compra, trazer sentimentos de pertencimento, identificação e o despertar de estímulos sensoriais, conseqüentemente, criou-se afetividade entre a marca e o consumidor¹⁹.

Do exposto, é possível concluir que cada fase da sociedade de consumo foi marcada pela produção e consumo em massa, primeiro com a possibilidade de compra de bens não essenciais, posteriormente com a possibilidade de se fazer integrar em dado estamento social e, por fim, na busca individual da felicidade através do acúmulo material.

Ainda, com vista à necessidade de realizar o escoamento do grande volume de material produzido, a publicidade foi ferramenta utilizada em todas as fases, seja para dar conhecimento e promoção dos novos bens seja para formação de mercado de consumo fiel e crescente, características essas que sintetizam o capitalismo da sociedade ocidental, ainda que não uniforme nos diferentes países.

1.4. A CRIANÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

A criança não foi e não é público excluído do desenvolvimento da sociedade do consumo. Aliás, facilmente verifica-se a integração da criança nas três fases de desenvolvimento da sociedade de consumo. Primeiro, com a possibilidade de aquisição do bem; posteriormente, com a criação do sentimento de pertencimento a determinado grupo devido à obtenção de dado brinquedo ou roupa; e, por fim, a imputação da necessidade do novo e do alcance da felicidade por meio de aquisições materiais. Introduce-se, dessa forma, a análise da criança dentro da sociedade de consumo, personagem central da publicidade até aos dias atuais.

¹⁹ Esclarece LIPOVETSKY: “depois do ambiente minimalista e hiperfuncional das ‘fábricas de vender’, a hora é do *retailtainment*, do “hiperambiente” da mercadoria, feito de *mise-en-scène* de conceitos e de produtos, de telas de vídeo, de montagem musical, de qualidades sensoriais e decorativas. Eis o espaço comercial reestruturado, por sua vez, pela forma-moda e pelas estratégias como finalidade emocionalista”. LIPOVETSKY, Gilles, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo*. Tradução: Maria Lucia Machado. Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 85.

Primeiramente, é necessário informar que produtos para o público infantil já existiam antes da 2ª Guerra Mundial, inclusive há notícias de brinquedos nos anos de 1870. A ascensão da sociedade de consumo a partir do século XX, a produção em massa e a criação do desejo do consumo não excluíram o público infantil, antes o oposto. Foram desenvolvidos produtos especialmente para esse grupo como filmes, livros, jogos eletrônicos e materiais colecionáveis²⁰.

Como bem sintetiza JULIET SCHOR no texto referido: “*children also have a rich history as economic actors – not merely as workers, but also as traders, wrapped up in acquiring, exchanging, and collecting. As long as we have had consumer capitalism, children have had a relationship to it*”. Assim como importantes compradores não ficariam excluídos da publicidade, seja de forma indireta ou direta.

Sabe-se que as primeiras publicidades de bens voltados aos infantes datam de 1920, porém, não eram direcionados a eles, mas sim às suas mães, que eram influenciadas a comprar os produtos para o bem da saúde de seus filhos²¹.

Frise-se que, além do poder de compra ficar nas mãos dos pais, eram estes os primeiros a exercerem influência sob as crianças. O conjunto formado pela família, o ambiente escolar e pelas próprias crianças ao seu redor lhes transmitem os hábitos, formas de agir, interagir e brincar da sociedade. Posteriormente, dividem esse papel com os meios de comunicação de massa como a televisão, o cinema, redes sociais, *games* e desenhos²², que comercializam o *modus operandi* da sociedade atual.

Dentre esses novos meios influenciadores, a televisão foi um dos primeiros meios de comunicação a investir massivamente em publicidade dirigida à criança, devido à explosão populacional a partir da década de 50, decorrente do fim da 2ª Guerra Mundial, em especial nos Estados Unidos, onde nasceu a denominada geração *babyboomer*²³, a qual fez emergir uma enorme quantidade de pretensos consumidores a serem conquistados. Tal investimento tornou-se forte na década de 1970 e

²⁰ SCHOR, Juliet B., *Born to Buy*; Scribner, New York, 2004, p. 30. ISBN-13:978-1-4391-2090-2.

²¹ SCHOR, Juliet B., *Born to Buy*, Scribner, New York, 2004, p. 32. ISBN-13:978-1-4391-2090-2.

²² BIAGGIO, Angela M. Brasil. Psicologia de desenvolvimento. 24ª ed., Vozes, Rio de Janeiro, 2015, p. 169.

²³ Allen, P. “Welcoming Y.” *Benefits Canada*, V. 28, nº 9, 2004, pp. 51-53.

seguintes²⁴, especialmente através de programas de televisão dirigidos a essa faixa etária. A publicidade era veiculada em seus intervalos ou mesmo dentro de sua programação.

Soma-se a esses fatores a entrada da mulher no mercado de trabalho, aumentando a renda familiar e o surgimento de famílias monoparentais, que possibilitou um meio de vida mais isolado das crianças. Assim, a programação televisiva dedicada ao público infantil tornou-se uma aliada dos pais em momentos em que estes não poderiam dar assistência direta a eles²⁵.

Ao analisar a publicidade televisiva dirigida à criança, nota-se a utilização de cores vibrantes, a exploração comercial de personagens de desenhos animados e o uso da magia e do encantamento. E, para facilitar, a televisão permite a captação da atenção de forma passiva, sem qualquer tipo de pré-conhecimento e interação entre as partes, e *a priori*, não requerendo exigência de grande esforço mental e não segregando seu público²⁶.

Com o passar dos anos e o avanço tecnológico, outros meios de comunicação tão persuasivos, senão mais, quanto a televisão foram e são utilizados para atrair a atenção das crianças. O advento da Internet possibilitou às marcas a divulgação de seus produtos de forma global e a todo e qualquer momento, utilizando de todos os meios comunicativos, seja por áudio, texto e vídeo, em conjunto com a rapidez e participação ativa do consumidor. Como explica JENKINS, as formas de comunicação anteriores ao advento da Internet se integram ao ambiente digital. Assim afirma: “se o paradigma da revolução digital presumia que as novas mídias substituiriam as antigas, o emergente paradigma da convergência presume que novas e antigas mídias irão interagir de forma cada vez mais complexas”²⁷.

Tal cenário de crescimento da publicidade é perceptível através do investimento em publicidade infantil, que, em 2006, alcançou 17 bilhões de

²⁴ “In the 1970s, television advertising was the focal point, because it was the major avenue for reaching children”. SCHOR, Juliet B., *Born to Buy*, Scribner, New York, 2004, pp. 304-305. ISBN-13:978-1-4391-2090-2.

²⁵ PASQUALOTTO, Adalberto, Publicidade para as crianças: liberar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, Vol. 116, ano 27, São Paulo: Ed. RT, mar-abr.2018, pp. 69-93

²⁶ POSTMANN, Neil, O desaparecimento da Infância. Tradução: Susana de Alencar Menescal Carvalho e José Laurênio de Melo, Rio de Janeiro, Graphia, 1999, p. 94.

²⁷ JENKINS, Henry. Cultura da convergência. Aleph: São Paulo, 2009, p. 32.

dólares²⁸ e estima-se que, em 2021, o investimento global, somente em publicidade digital dirigida à criança, será de 1,7 bilhões de dólares²⁹.

Assim, as características inerentes da Internet quanto à sua captação de público sem limites geográficos e de horários permitem que se realizem grandes investimentos em publicidade digital, em especial para as crianças, que se dá especialmente por meio de anúncios inseridos nos vídeos do *Youtube*, no próprio vídeo da plataforma de influenciadores mirins digitais e dentro dos jogos eletrônicos, normalmente de acesso livre.

Do exposto, inicia-se a explanação acerca da publicidade em jogos *online* de acesso gratuito dirigidos às crianças.

²⁸ LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, citado por CARVALHO, Marcio Mamede Bastos de e W. Steinmetz. A proteção da criança e a criação de subjetividades comprometidas com o meio ambiente ecologicamente equilibrado frente ao discurso publicitário orientado ao hiperconsumo. Revista Direitos Culturais – RDC Vinculada ao PPGD URI, Campus Santo Ângelo/RS ISSN 2177-1499, Vol. 10, no 22/2015, pp. 81-97.

²⁹ HARTUNG, Pedro e HENRIQUES, Isabella. Empresas que exploram dados estão tirando a liberdade de nossas crianças. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/analises/ultimas-noticias/2020/10/18/empresas-que-exploram-dados-estao-tirando-a-liberdade-de-nossas-criancas.htm>, acessado em 11/07/2021.

2

DA PUBLICIDADE EM JOGOS ONLINE

2.1. OS JOGOS FREE TO PLAY (F2P)

Cabe explicar que a presente dissertação tem enfoque na publicidade *online* dos jogos *online* gratuitos, em inglês *Free do Play* (F2P), de acesso livre, ou seja, para todas as idades.

Os F2P³⁰ podem ser descarregados nos *smartphones*, tablets, consoles (computadores destinados exclusivamente para jogos³¹) e *notebooks*, sem qualquer custo para o consumidor/jogador, e são encontrados em sítios especializados, redes sociais e aplicativos de compras *online*, como *Google Play* e *Apple Store*.

Tais jogos baseiam-se na disponibilidade de descarregamento de uma versão gratuita do jogo que a princípio não requer nenhuma contribuição monetária direta ao jogador. Contudo, no decorrer de seu desenvolvimento, serviços adicionais pagos são oferecidos com o objetivo de gerar renda³² e tornar o jogo mais dinâmico, interessante e atrativo³³. Assim como é

³⁰ *Free to play* (F2P) games: “games that are (legally) free to download and play, very often offering in-game spending opportunities”. Newzoo’s 2020 Global Games Market Report, p. 10. Disponível em: www.newzoo.com/gamesreport, acessado em 26/01/2021.

³¹ Dicionário Priberam. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/console>, acessado em 17/05/2021.

³² *In-game revenues*: “revenues generated through the sales of in-game items, including expansion or content packs, cosmetics/skins, power-ups, time savers, loot boxes, playable characters, content passes for a one-off fee (battle/season pass), in-game currencies, content passes for a recurring fee, and reward passes”. Newzoo’s 2020 Global Games Market Report, p. 11. Disponível em: www.newzoo.com/gamesreport, acessado em 26/01/2021

³³ SCOLARI, Carlos A. (ed.) (2013). *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. *Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius*. Universitat de Barcelona. Barcelona. p. 296.

possível a inserção de publicidade entre fases e por toda a atividade do ato de jogar, como será demonstrado.

O ambiente em que os jogos se desenvolvem é denominado *online gaming ecosystem* (ecossistema de jogos online), que, além do ato de jogar e brincar, inclui também assistir outros jogadores via plataformas digitais e *streamings*³⁴, o que demonstra a presença de consumidores sob diversos caminhos.

O hábito de jogar *online* não pertence apenas a adolescentes e jovens adultos, tendo sido observado, nas últimas décadas, a crescente presença da criança no ambiente digital, em especial com a utilização de *smartphones*, no qual a difusão do material publicitário tornou-se maior e facilitada.

Verifica-se, portanto, que o mercado publicitário e comercial, ciente da importância de construir um mercado consumidor desde os primeiros anos de vida do indivíduo, desenvolveu essa forma de publicidade inserida e/ou desenvolvida em jogos virtuais *online*, denominada *advergaming*.

2.2. DO ADVERGAMING

O *advergaming* nasceu da mudança de estratégia da maneira de fazer publicidade, não mais focada apenas em informar o consumidor acerca de um produto, marca ou serviço, mas primeiro criar uma experiência de consumo. Hoje, configurada como forma de realizar publicidade em jogos *online*.

Segundo ALFONSO MENDIZ NOGUERO³⁵, a atual fase da publicidade caracteriza-se por sua comunicação bidirecional em que o consumidor não absorve apenas de forma passiva o conteúdo, mas participa ativamente de seu desenvolvimento.

Há presença do hibridismo da publicidade com informação, ou seja, faz-se não só o anúncio de um produto ou serviço, totalmente controlado pelos desenvolvedores e anunciantes³⁶, mas há também a transmissão de informação que o consumidor quer obter. E, por fim, a experiência lúdica,

³⁴ Child Rights and Online Gaming: Opportunities & challenges for children and the industry. Disponível em: https://www.unicef-irc.org/files/upload/documents/UNICEF_CRBDigitalWorldSeriesOnline_Gaming.pdf, p. 5. Acessado em 17/5/2021.

³⁵ NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Advergaming: Concepto, Tipología, Estrategias y Evolución Histórica*. Revista de Comunicación y nuevas tecnologías. Revista Icono, Madrid, Espanha, 2010, nº 15, pp. 37-58, pp. 39-40. ISSN 1697-8293.

³⁶ SCOLARI, Carlos A. (ed.) (2013). *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona, p. 87.

a construção de uma conexão com o consumidor/jogador através das emoções e da experiência gratificante, confundindo-se persuasão e diversão.

Assim, devido a essa nova fase de criação publicitária, tem-se hoje o “*advertainment*”, a união de *advertising* (publicidade) com *entertainment* (entretenimento), que possibilitou o desenvolvimento do *advergaming*, que pode ser dividido em subcategorias: *in-game advertising*, *around game advertising*, *behavoring*, *data advertising* e *advergame*.

2.2.1. DO *IN-GAME ADVERTISING*

O *in-game advertising*³⁷ configura-se na inserção de publicidade em jogos já existentes, tendo duas categorias: estático e dinâmico. O anúncio estático é a aparição da mesma publicidade dentro do jogo, o conteúdo é igual para todo e qualquer jogador. Por outro lado, o *in-game advertising* dinâmico é alimentado pelas informações que o jogador e usuário fornecem ao instalar o jogo, como geolocalização, horário em que se costuma jogar e idade. Com essas informações, torna-se possível fornecer a publicidade mais adequada para aquele perfil³⁸.

Em alternativa, o *Interactive Advertising Bureau* (IAB)³⁹ divide o *in-game advertising* também em duas subcategorias, publicidade *environment* (ambiente) e *immersive* (imersiva)⁴⁰. O anúncio *environment* apresenta-se na forma esplanada acima, estática, através de *banners*, *outdoors* e vitrines que são exibidos de forma bidimensional, podendo existir anúncios de mais de

³⁷ CHANG, Yan, ZHANG, & Luo, estudaram os efeitos do *in-game advertising* e também apresentaram seu conceito: “the placement of brands in games usually in the form of billboards, posters, or sponsor signage in sports and racing games”. Chang, Y., Yan, J., Zhang, J., & Luo, J. (2010). ‘Online in-game Advertising Effect: Examining the Influence of a Match between Games and Advertising’, *Journal of Interactive Advertising*, 11(1), 63-73, 2010, p. 63.

³⁸ NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Advergaming: Concepto, Tipología, Estrategias y Evolución Histórica*. Revista de Comunicación y nuevas tecnologías, Revista Icono, Madrid, Espanha, 2010, nº 15, pp. 37-58, p. 43. ISSN 1697-8293.

³⁹ O IAB é uma associação internacional que capacita os setores de mídia e *marketing* na economia digital. Os membros incluem mais de 650 empresas líderes de mídia, marcas e empresas de tecnologia responsáveis pela venda, entrega e otimização de campanhas de *marketing* digital. O grupo comercial realiza pesquisas críticas sobre publicidade interativa, ao mesmo tempo que educa marcas, agências e a comunidade empresarial em geral sobre a importância do *marketing* digital. Disponível em: <https://www.iab.com/our-story/>, acessado em 05/06/2021.

⁴⁰ Platform status report: game advertising, p. 8. Disponível em: https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/09/IAB-Games-PSR-Update_0913.pdf, acessado em 04/06/2021.

uma marca. Contudo, não há interação do jogador com o anúncio, apenas visualização no decorrer do jogo.

De outro modo, no *in-game advertising immersive*, a exibição do jogo é tridimensional e há interação do jogador com os anúncios, seja para a realização de alguma fase do jogo, seja com a inclusão de algum produto da marca que faça parte da dinâmica oferecida no jogo.

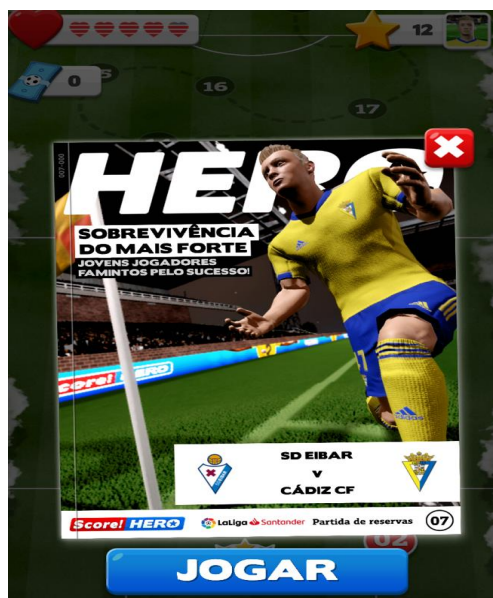
Verifica-se que o *in game advertising*, estático ou dinâmico, de ambiente ou imersivo, representa a inserção de determinado anúncio e/ou material publicitário em um jogo já existente, como das imagens ilustrativas abaixo, do *game Score! Hero 2*⁴¹, onde a publicidade é inserida nas camisas dos jogadores e entre as imagens dos jogos de forma natural e integrada no jogo (Figuras 01 e 02 abaixo):

Figura 01



⁴¹ Disponível no aplicativo Apple Store: apps.apple.com/br/app/score-hero-2/id1498948092, acessado em 15/08/2021.

Figura 02



Facilmente perceptível a inserção de duas publicidades, em uma mesma imagem, em jogadores de times opostos do *game*. Primeiro da marca esportiva Adidas, que integra o uniforme dos jogadores, e depois a publicidade do banco Santander, inserida na notícia sobre os feitos do jogador. Nota-se que há integração de forma estática e dinâmica, pois as imagens integram o jogo simulando o que ocorre no mundo real.

2.2.2. DO AROUND GAME ADVERTISING

O IAB traz ainda uma terceira classificação, o *around game advertising*, ou a publicidade em volta do jogo na tradução livre do termo, que consiste na inclusão de material publicitário antes de iniciar a partida ou ao final. Apresentam-se em formato de *pop ups*, *banners* na mesma página do jogo, assemelhando-se aos intervalos de televisão⁴².

Tais formas de publicidade podem se manifestar como uma opção de assistir vídeos publicitários, para obtenção de novas vidas ou eventual conteúdo adicional. E, ainda, compra de moedas no jogo para permitir um

⁴² Platform status report: game advertising, p. 6. Disponível em: https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/09/IAB-Games-PSR-Update_0913.pdf, acessado em 04/06/2021.

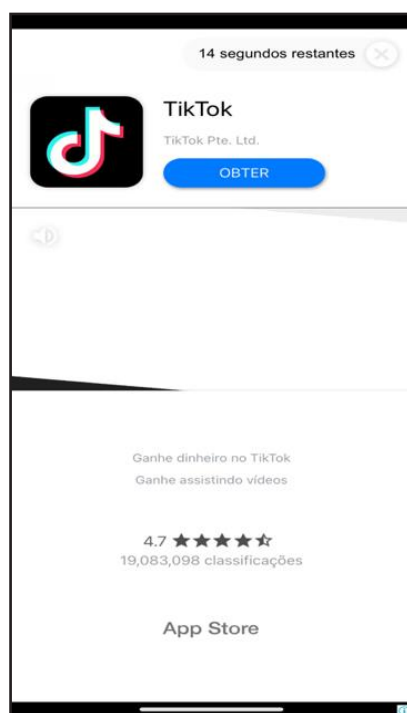
entretenimento mais interessante⁴³, o que permite monetização com a inserção de publicidade nos jogos *online*, como demonstrado, que não impedirão o jogador de brincar, mas facilitarão e ou incrementarão o entretenimento.

Tome-se como exemplo a publicidade inserida entre fases no jogo *Candy Crush*⁴⁴, disponível para descarregamento na *Apple Store* e *Google Play*. No jogo, são oferecidos alguns benefícios que facilitarão o desempenho do jogador (Figura 03). Para tanto, é necessário assistir a um vídeo publicitário de 15 segundos (Figura 04).

Figura 03



Figura 04



⁴³ Child rights and online gaming: opportunities & challenges for children and the industry, p. 23. Disponível em: https://www.unicef-irc.org/files/upload/documents/UNICEF_CRBDigitalWorldSeriesOnline_Gaming.pdf, acessado em 23/05/2021.

⁴⁴ Candy Crush é um jogo de acesso livre, para todas as idades, encontrado na *Apple Store* e *Google Play*.

Como condição para a obtenção do prêmio, é necessário assistir ao vídeo completo, conforme verifica-se na imagem (Figura 05). Na última cena (Figura 06), ainda se encerra com o *link* para obter o aplicativo anunciado; *vide* figuras ilustrativas:

Figura 05

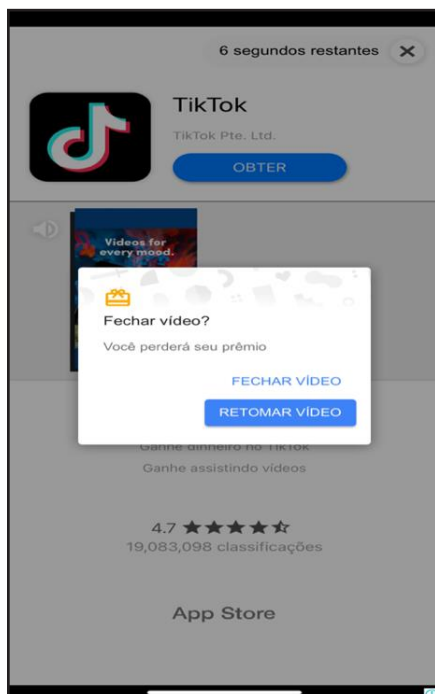
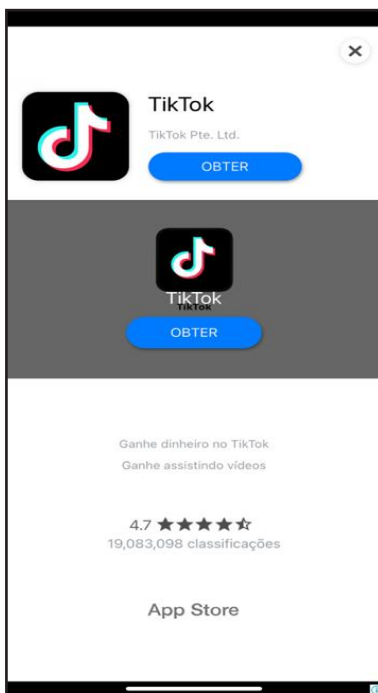


Figura 06



2.2.3. DO BEHAVIORING DATA ADVERTISING

Em material disponibilizado pela UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), outro conceito é apresentado, que é o *behavioring data advertising*, que se dá através da coleta de informações dos jogadores no ato de jogar. Com a coleta de informações do jogador se torna mais fácil e efetiva a publicidade, considerando que o jogo se alimenta das informações de localização, idade, outros *sites* e aplicativos visitados pelo usuário jogador⁴⁵.

⁴⁵ "For behavioural targeting, multiple bits of data are acquired and combined to develop sophisticated profiles of user segments and to build a profile of the characteristics and demographics of individual users. In the case of online gaming, some companies may collect

Dessa forma, é criado um perfil para cada usuário e aplicada a publicidade que será mais efetiva. Como forma de ilustrar o *behavioring data advertising*, traz-se novamente o jogo *Candy Crush*, disponível no Google Play e App Store, respetivamente:

Figura 07

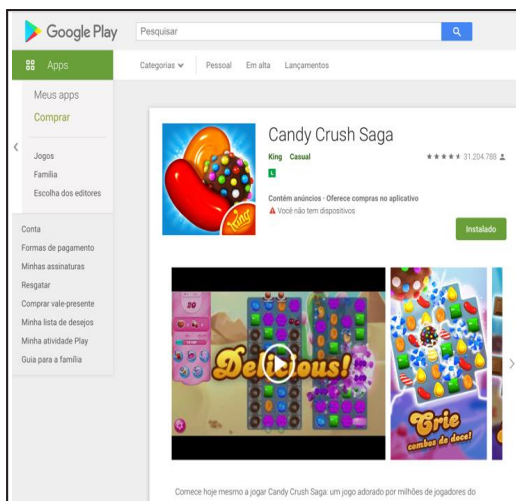


Figura 08



Os referidos sites informam que o jogo é de livre acesso, assim como ao final da página informa-se que há coleta de dados para realização de anúncio personalizado. Também pedem a permissão para rastreamento⁴⁶. Tal fato é comprovado ao acessar e jogar, conforme figuras retiradas do jogo *online* abaixo:

data not only on user behavioural patterns but their interactions with other users, online behaviour before and after playing an online game, and behaviour across multiple devices and services linked to their gaming device". Child rights and online gaming: opportunities & challenges for children and the industry, pp. 22-23. Disponível em: https://www.unicef.org/files/upload/documents/UNICEF_CRBDigitalWorldSeriesOnline_Gaming.pdf, acessado em 23/05/2021.

⁴⁶ A tela enuncia a seguinte mensagem: “não venda meus dados: a King compartilha seus dados pessoais com parceiros para fins de personalização de anúncios. Saiba mais em <https://king.com/privacyPolicy>. Para exercer seus direitos da opção “Não venda meus dados”, entre em contato com a gente pelo Centro de Ajuda no jogo ou pelo site <https://soporto.king.com/contact>”.

Figura 09



Figura 10



Aqui fica claro o conteúdo publicitário personalizado a ser veiculado e transmitido ao jogador durante a utilização do jogo.

Do exposto, verifica-se uma similaridade entre os termos *in game advertising* e suas subcategorias (estático, dinâmico, imersivo e ambiental), *around game advertising* e *behavoring advertising*, sendo que todos inserem anúncios em jogos *online por meio de banners* e anúncios, não apresentando conteúdo direto e dinâmico com o jogador, mas apenas veiculando um anúncio no jogo. Em contrapartida, também utilizam-se massivamente das informações que o próprio jogador fornece para oferecer anúncios mais personalizados aos seus gostos e usos.

2.2.4. DO ADVERGAME

Historicamente, um dos primeiros *advergames* que se tem conhecimento data de 1976, denominado *Datsun 280 Azzap*, com fim a promover o carro da marca Nissan, *Datsun 280 Z*. Posteriormente, na década de 80, tem-se conhecimento do jogo *Tooth Protectors*, criado em 1982 para anunciar a marca Johnson & Johnson, e, em 1983, a pedido da Coca-Cola, a Ataria desenvolveu o *Pepsi Invaders*, *game* direcionado para os empregados da área de vendas da Coca-Cola. O objetivo do *game* era substituir naves inimigas e quando atingido o alvo a frase “Coke wins” apareceria⁴⁷.

⁴⁷ PARREÑO, José Martí. *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2013 Cap. 12.p. 286/293.

A pesquisa do conceito de *advergame* retorna certa amplitude não consensual de termo, que se apresenta.

Primeiramente, os autores HEIDE e NORHOLM JUST definem *advergame* como um jogo, cujo maior propósito é aumentar a venda de determinados produtos ou serviços, através do aumento do reconhecimento da marca⁴⁸. Tal conceito é bastante amplo, pois inserem o *advergame* como possível em todo e qualquer ambiente, seja físico ou digital.

Informa-se também o conceito de SELVA RUIZ: “*un videojuego financiado por un anunciante y creado para un producto o marca con un determinado objetivo publicitario*”⁴⁹. Por essa definição compreende-se que o *advergame* é criado apenas por anunciantes, vinculando-se apenas com fim a um produto ou determinada marca; contudo, o *advergame* é mais. É forma de construir mercado consumidor, a criar costume, padrões de comportamento que levam ao consumo.

Outra definição de *advergame* de TERESA DE LA HERA: “*(...) is a digital game specifically designed for a brand with the aim of conveying an advertising message*”⁵⁰. O conceito desenvolvido pela autora é mais específico e fechado, visto que se enquadram apenas jogos virtuais, desenhados especificamente para uma marca com o fim de transmitir a mensagem publicitária.

Uma quarta corrente define o *advergame* como meio desenvolvido por uma marca, para divulgá-la ou para dar publicidade a determinado produto, ou apenas um evento da marca. Ainda, tende a ser um jogo fácil, permitindo maior distribuição e baixos custos⁵¹.

Por fim, JOSÉ MARTÍ PERREÑO divide o *advergame* em três subcategorias: associativos, ilustrativos e demonstrativos⁵². Explica-se, primeira-

⁴⁸ “(...) game whose main purpose is to boost sales of a product or service, whether through increased brand recognition, increased linking or other methods”. HEIDE, J., & NØRHOLM JUST, S. “Playful persuasion. The Rhetorical Potential of Advergames”, *Nordicom Review*, 2009, 30(2), p. 54.

⁴⁹ RUIZ, David S., *El videojuego como herramienta de comunicación publicitaria: una aproximación al concepto de ‘advergaming’*, *Comunicación*, Universidade de Sevilla, 1(7), 2009, 141-166, p. 151. ISSN 1989 – 600 X.

⁵⁰ DE LA HERA, Teresa. *Digital Gaming and the advertising landscape. Digital Gaming and the Advertising Landscape*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2019, p. 31. DOI 10.5117/9789462987159_CH03.

⁵¹ TOWNSEND apud DUARTE, Ana. *Adopção da In game Advertising em Portugal*. Dissertação (Mestrado em Marketing Management), Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2009, p. 26.

⁵² PARREÑO, José Martí. *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2013 Cap. 12., pp. 291-292.

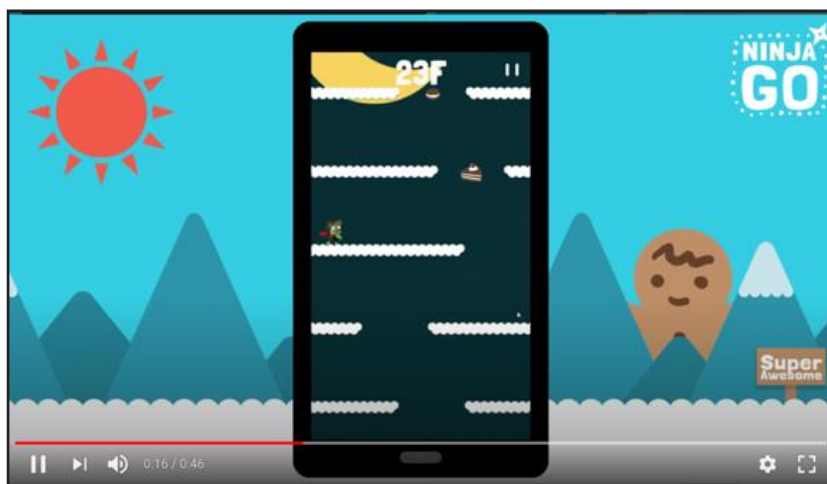
mente, os *advergames* associativos, os quais se assemelham às publicidades de televisão e filmes, pois colocam-se os produtos de forma secundária dentro do *game* como através de *outdoors* e cartazes.

Como explica JOSÉ MARTÍ PERREÑO, “*los advergames asociativos se corresponden con el emplazamiento de producto tradicional en otros medios como el cine o la televisión. En un adverggame de estas características, el anunciante desarrolla un videojuego que le permita emplazar su marca o producto de un modo secundario, por ejemplo, mediante vallas publicitarias, carteles o cualquier otro formato (generalmente gráfico), en el contexto del juego*”.

Já nos *advergames* ilustrativos, o produto é inserido no jogo de forma a desempenhar algum papel. Não são dispostos apenas para ser vistos, há motivo para sua existência na trama do jogo. Traz-se como exemplo o jogo Ninja Go: irmãos de Oreo.

Assim, para ter sucesso no jogo é necessária a coleta dos biscoitos da marca Oreo durante todo o percurso do *game*. Segue abaixo foto ilustrativa do *adverggame* Ninja Go: irmãos de Oreo, disponível para descarregamento na *Apple Store* e *Google Play*:

Figura 11



Por último, o *adverggame* demonstrativo é também desenvolvido por determinada marca, mas há interação direta com o produto. Através de simulações ou recriando o conteúdo da marca. Segundo o autor, “*los adverggames demostrativos permiten al usuario interactuar con la marca/producto empla-*

zado. Así, el videojugador puede manipular recreaciones virtuales del producto e incluso experimentar simulaciones de consumo (por ejemplo, conducir un modelo virtual de un vehículo en un advergame de carreras de coches como en el Cadillac V-Series Collection, una extensión de Project Gotham 3 para la Xbox)”⁵³.

Por fim, apresenta-se o conceito do IAB: “Advergimes are structured entirely around a given brand and act as de-facto ads in themselves, cleverly blending brand messaging with a fun, interactive gaming experience to achieve campaign objectives. Advertiser assets are integrated directly into these games in order to create a uniquely brand-appropriate look and feel; on occasion, this necessitates the creation of an entirely new game concept. The ideal is to provide a clear link between the brand and the game, without interfering with player engagement – indeed, in the best advergimes, removing the branding from the game would diminish the overall gaming experience”⁵⁴.

O referido conceito esclarece que o *advergame* é desenvolvido exclusivamente para determinada marca, em que a exclusão da marca/produto do jogo torna a experiência do jogo menos interessante, pois o objetivo do *advergame* é criar o elo entre o jogador e o *game*.

Traz-se aqui um segundo exemplo de *advergame*, que foi desenhado em volta da marca McDonald’s, mas especialmente dos produtos McLanche Feliz e McLanche Feliz App (*vide* figuras abaixo):

⁵³ PARREÑO, José Martí. *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2013 Cap. 12., pp. 291-292.

⁵⁴ Platform status report: game advertising, p. 9. Disponível em: https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/09/IAB-Games-PSR-Update_0913.pdf, acesso em 03/06/2021.

Figura 12⁵⁵

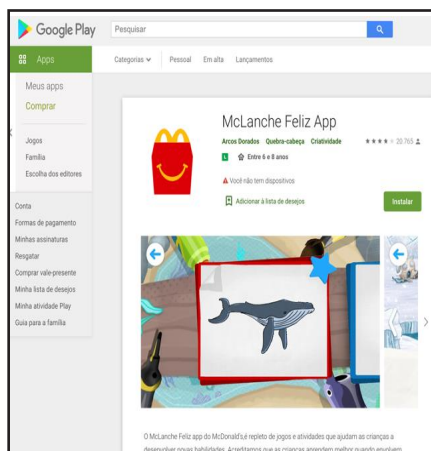


Figura 13



O referido *advergame*, disponível para *download* na Google Play, indica que foi desenvolvido para crianças entre 6 e 8 anos. Por outro lado, na *Apple Store*, a informação é indicação livre para maiores de 4 anos, conforme Figura 13.

O jogo é gratuito para *download* e para sua configuração são realizadas uma série de perguntas de acesso, tais como: confirmação do país de acesso, acessibilidade, envio de notificações sobre novidades, acesso à câmara, armazenamento das criações e formas de *download*.

Ao final do questionário, de forma rápida, veicula-se uma imagem informativa que se trata de conteúdo publicitário (*vide* Figura 14 abaixo):

⁵⁵ O referido game encontra-se para *download* de forma gratuita no aplicativo Google Play. Disponível em: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.mcdo.brazil.mcplay>, acessado em 09/05/2021, e App Store para *iphones*.

Figura 14



O citado exemplo demonstra como o *advergame*⁵⁶ foi idealizado para atingir seu público-alvo, houve escolha de temática própria e público etário, o que permite filtrar de forma natural seu público. E, no caso do *advergame*, isso é feito com o objetivo de atrair mais consumidores para a marca e/ou desenvolver o desejo de consumo desde muito jovem, como se nota com os jogos de acesso livre. Assim, conclui-se que o *advergame* no contexto de jogos online F2P é meio inteiramente criado por determinada marca para dar publicidade a certo produto, evento ou serviço, disponibilizado de forma gratuita e desenvolvido com foco em seu público-alvo, criando assim desejo de consumo e elo emocional com o consumidor, garantido pelo ato de jogar.

2.3. VANTAGENS DO ADVERGAME PARA AS MARCAS

A técnica do *advergaming* se aproveita da busca do entretenimento pelo jogador/consumidor, tendo em vista que o ato de jogar é um momento de distração e de felicidade para si próprio. O *game* é vinculado a um ato

⁵⁶ TORRES, Cláudio. *A Bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. Novatec, São Paulo, 2009, p. 264.

de prazer. Seja para relaxar, para se entreter ou brincar com os amigos, o objetivo é sempre positivo.

Assim, as marcas se beneficiam do laço proporcionado pelo jogo – prazer, diversão, entretenimento e experiência lúdica – e introduzem ou criam material publicitário que será absorvido de forma mais positiva (e no caso do *advergame*, criam o próprio jogo). Como nos ensina NOGUERO⁵⁷: “(...) *creación de un videojuego para una determinada marca, com; a intención de crear sentimiento de comunidade y acercar el producto a uma experiência lúdica del posible consumidor*”. Dessa forma, naturalmente se absorve anúncios sem refletir o que se consome.

Outra característica e vantagem dos *advergames* em relação à publicidade tradicional é a ausência de interrupção, pois, ao utilizar o próprio jogo como instrumento de mensagem publicitária, não se causa rejeição nos jogadores, os quais não enxergam o material como publicidade ou mesmo não o percebem, a depender da idade.

Tome-se como exemplo o intervalo comercial televisivo: é o momento de distração do telespectador para comer, ir ao banheiro e até mesmo para trocar de canal. É o conhecido momento da pausa; por outro lado, isso não ocorre nos jogos *online*, pois não há interrupção. Os *games online* permitem que o jogador se mantenha exclusivamente atento ao jogo e só para o jogo por horas sem se entediar⁵⁸.

Lembrando-se, como explanado anteriormente, que o atual estágio da publicidade não tem foco na informação do produto/serviço e não diferiria com o *advergame*, pois o objetivo, novamente aqui, é confundir a persuasão, informação e entretenimento.

E mais, há participação e interação dos usuários em jogos eletrônicos, o que permite a difusão de imensa quantidade de informação direcionada, e o benefício do lúdico para conquistar novos consumidores⁵⁹.

⁵⁷ NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Advergaming: Concepto, Tipología, Estrategias y Evolución Histórica*. *Revista de Comunicación y nuevas tecnologías*, Revista Icono, Madrid, Espanha, 2010, nº 15, pp. 37-58, p. 43. ISSN 1697-8293.

⁵⁸ VEDRASHKO *apud* MEDEIROS, J. F. “Advergames: A publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor”, in *VIII Brazilian Symposium on Games and Digital Entertainment – Rio de Janeiro*, 2009, p. 15.

⁵⁹ CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa e PELLÓN, Daniel Martí. “Exposição infantil à publicidade em sites de jogos do Brasil e da Espanha”, in *Revista Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 12, n. 34, maio/ago. 2015, pp. 67-88, p. 71.

Assim, o jogador tem a sensação de criar o próprio jogo, de ser o personagem principal da aventura proporcionada, o que abre brechas para que a persuasão buscada seja alcançada, pois os jogadores estão mais livres e com a “guarda baixa” para a publicidade que contém no jogo⁶⁰.

Contorna-se, também, o recebimento de informações e anúncios por outros meios, pois o ato de *zapear* é extremamente minorado, assim como a busca por outras distrações, uma vez que os jogadores estão entretidos com o jogo⁶¹.

Como explicam MARTÍ, PÉREZ Y SÁNCHEZ⁶², os principais objetivos que podem ser alcançados com a utilização do *advergaming* são: evitar a saturação publicitária, orientação ao ecossistema midiático atual, redução de custos, alcance de novos públicos, maior exposição do consumidor, interação com a marca/produto, melhor controle da eficácia publicitária, notoriedade, reconhecimento, familiaridade, identificação e atitude positiva com a marca.

Ainda, há coleta de informações preciosas somente no ato de instalar e configurar o jogo em seu dispositivo, considerando que meras perguntas de confirmação geográfica e acesso à câmara permitem verificar quais tipos de *in-game* dinâmicos e *behavioring advertising* poderão ser enviados, visando a eficácia para determinado usuário.

Além das perguntas no momento da configuração do jogo, há coleta de informações ao jogar também. Assim, de forma consciente ou não, o jogador gera informações sobre si próprio das quais a marca faz uso. Também elemento essencial é a comunicação em rede, pois é comum os jogadores partilharem com outros jogadores o *game* que estão utilizando. Jogam em conjunto e ainda assistem outros jogarem através da transmissão em redes sociais⁶³.

⁶⁰ DE LA HERA, Teresa. *Digital Gaming and the advertising landscape. Digital Gaming and the Advertising Landscape*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2019, p. 34. DOI 10.5117/9789462987159_CH03.

⁶¹ PARREÑO, José Martí. *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2013 Cap. 12., pp. 292-293.

⁶² MARTÍ, J., CURRÁS, R. y SÁNCHEZ, I.: “Nuevas fórmulas publicitarias: los advergaming como herramienta de las comunicaciones de marketing”, in *Cuadernos de Gestión*, Vol. 12, Nº 2, 2012, pp. 43-58. DOI: 10.5295/cdg.100236jm.

⁶³ DE LA HERA, Teresa. *Digital Gaming and the advertising landscape. Digital Gaming and the Advertising Landscape*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2019, p. 40. DOI 10.5117/9789462987159_CH03.

Por fim, a inserção da publicidade em jogos *online* permite sua renovação e recriação quase que ilimitada, visto que o ambiente digital permite uma exposição rápida de ofertas e a novos e antigos consumidores.

Cria-se desejo de consumo para aquele produto veiculado no jogo, de forma totalmente orgânica e muitas vezes impercetível, já que crianças de 4 a 8 anos não têm o desenvolvimento pleno para compreender o conteúdo publicitário do jogo⁶⁴, ainda que exista mensagem informando-a de tal fato.

E, como ocorre com o consumidor adulto, ao se desenvolver em um mundo globalizado e tecnológico, a criança também reclamará por bens de seu gosto, da sua marca preferida, da mesma forma que seus pais o fazem. Não passam de um reflexo da realidade que vivem, como explica ROBERTA DENSA: “ela também quer consumir para satisfazer seus gostos e necessidades pessoais, vive em um mercado globalizado, acessa internet para comprar produtos e serviços, especialmente jogos eletrônicos, identifica-se com as marcas de grandes empresas mundiais, quer viver experiências lúdicas e distrativas. Espelho dos pais e da sociedade em que vive, a criança não está de fora da “festa do consumo”⁶⁵.

2.4. DECORRÊNCIAS DA EXPOSIÇÃO À PUBLICIDADE

Nota-se que, desde os primeiros anos do início da sociedade de consumo, a publicidade é utilizada como artifício para informar o pretense consumidor de novos bens e serviços disponíveis no mercado, constituindo-se em importante técnica de comunicação, hoje utilizada por milhares de empresas para tornarem-se visíveis e aumentarem sua lucratividade.

E não seria diferente com os jogos *online*, como foi demonstrado. Assim, entende-se que a publicidade assume papel além do caráter informativo de determinada empresa e bem de consumo, mas importante instrumento da economia e da sociedade atual. Cooperar no aumento da lucratividade

⁶⁴ “Crianças em idade pré-escolar, por exemplo, têm dificuldade em diferenciar comerciais de programas normais de televisão. As crianças um pouco mais velhas sabem fazer tal distinção, mas pensam concretamente e tendem assim a acreditar no que veem num comercial de quinze segundos sobre bolachas ou brinquedos. Até a idade de cerca de oito anos, as crianças não conseguem realmente entender o conceito de intenção persuasiva – segundo o qual cada detalhe da propaganda foi escolhido para tornar o produto mais atraente e para convencer as pessoas a comprá-lo”. LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 22.

⁶⁵ DENSA, Roberta. Proteção Jurídica da criança consumidora: entretenimento-classificação indicativa-filmes-jogos-jogos eletrônicos. Foco: Indaiatuba/São Paulo, 2018. p. 13.

das empresas e possibilita ao consumidor tomar conhecimento de bens que almeja.

Como todos se relacionam, compram, jogam, compartilham seu dia a dia e comunicam-se, de forma geral, através das redes sociais, não há nenhum questionamento dos adultos para com as crianças e vice-versa, pois copiam o que enxergam diariamente das pessoas a seu redor, inclusive de seus pais⁶⁶. Tais hábitos interferem sobremaneira na forma como as crianças brincam, cada vez menos ao ar livre e com reduzida interação social e atividade física, acarretando o aumento do sedentarismo.

A qualidade da alimentação também sofreu impactos, há significativo aumento do consumo de produtos com baixo valor nutricional que leva a posteriores problemas de saúde como obesidade e diabetes⁶⁷. Sem esquecer da exposição, muitas vezes indevida, a material com conteúdo violento e estímulo precoce da sexualidade, ocasionando a “adultização” de crianças e adolescentes, os quais são tratados como adultos em miniatura⁶⁸.

Além da influência na construção de hábitos da criança, a publicidade tem poder de causar conflitos e problemas nas famílias, que se comprovam pelo aumento do número de pais que trabalham fora de casa, os quais, culpados pela ausência do cotidiano dos filhos, têm dificuldade em negar-lhes o desejo consumista decorrentes desses anúncios publicitários. E mesmo quando não detêm condições financeiras, acabam se endividando para atender aos desejos de seus filhos⁶⁹.

⁶⁶ PORTO, Renato. Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente. Saraiva: São Paulo. 2014, pp. 70-71.

⁶⁷ Segundo a Associação Dietética Americana, a exposição das crianças por apenas 30 segundos aos comerciais de alimentos é capaz de influenciar suas escolhas alimentares. E, como os alimentos ricos em sabor, porém pobres em nutrientes, não suprem as necessidades do organismo, a criança fica desnutrida. Por isso, ela sente mais fome e acaba comendo muito. Acima do peso e geralmente vítima de crítica dos coleguinhas – e muitas vezes até dos próprios familiares –, ela tende a retrair-se nos relacionamentos, procurando satisfação nas atividades mais reclusas, individuais e sedentárias. Nesse ponto, ela compõe o público-alvo ideal para a indústria do *fast-food*, que alimenta sua solidão com toda gama de produtos industrializados (...). PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. Por que a publicidade faz mal para as crianças. 2ª ed., 2009, Instituto Alana: São Paulo, 2009, pp. 26-27. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>, acessado em 13/06/2021.

⁶⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. “Publicidade para as crianças: liberar, proibir ou regular?”, in *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27, Ed. RT, São Paulo mar-abr.2018, pp. 69-93, pp.76-77.

⁶⁹ LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 56.

Ainda, há grande parcela da população que nem sequer tem a possibilidade de obter a maioria da mercadoria e serviços ofertados pelo mercado, seja pela impossibilidade de acompanhar a imensa produção de produtos, seja pelas suas respectivas atualizações. Mas, senão a mais grave delas, a impossibilidade de ter boa parte dos bens expostos para comercialização.

A desigualdade social é latente e mais dolorosa quando toca membros da sociedade tão novos, que nem mesmo sabem ao certo o porquê de quererem e o que querem. A publicidade acaba por criar competição entre as crianças, dividindo-as entre aquelas que têm e aquelas que nunca terão.

E alguns acabam por tomar caminhos ilícitos para obterem bens materiais que não podem ter de forma lícita e a marginalização nasce muitas vezes pelo estímulo precoce ao consumismo⁷⁰.

Por fim, mas não menos importante, há coleta e tratamento de dados pessoais através dos jogos F2P. Ocorre que o tratamento de dados pessoais de crianças só pode ser feito com a anuência de seus pais ou representantes legais e para fins específicos como determina a lei, assim tratam as normas gerais de proteção de dados pessoais brasileira e da União Europeia⁷¹.

⁷⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

⁷¹ A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil prevê o necessário consentimento dos pais ou representante legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. E ainda o parágrafo 4º do mesmo artigo faz referência específica no que toca aos jogos, cita-se também o referido parágrafo: § 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, acessado em 02/05/2021. E art. 8º do REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO: 1. Quando for aplicável o artigo 6º, nº1, alínea a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança. Os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos. 2. Nesses casos, o responsável pelo tratamento envida todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>, acessado em 11/07/2021.

Do exposto, inegável toda a problemática da publicidade voltada para o público infantil, visto os inúmeros desdobramentos que a exposição exacerbada a bens de consumo acarreta para o desenvolvimento pleno e saudável da criança e como interferem sobremaneira na formação de sua personalidade, direito humano fundamental da pessoa em desenvolvimento⁷².

Diante disso, nasce para o Direito a tentativa de resolver questões quanto à licitude e ética da veiculação da publicidade. Em especial, a publicidade difundida em jogos *online*, pois apesar da existência de jogos desenvolvidos para determinada faixa etária, a publicidade inserida nele ou desenvolvida para ele não segue os mesmos princípios e critérios, conforme demonstrado.

Ultrapassado o estudo das características do *advergaming* e *advergame* e suas variações, bem como a influência da publicidade na vida das crianças, inicia-se o estudo da proteção integral da criança, em especial no mercado consumidor e posterior análise da presente regulação da publicidade como forma de minorar os efeitos do excesso de exposição ao mercado de consumo em tão tenra idade.

⁷² BRITO, Igor Rodrigues de. Proteção dos Direitos Fundamentais da criança na sociedade de consumo e o controle da atividade publicitária no Brasil. 2009, p. 153. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136456.pdf>, acessado em 13/06/2021.

3

DA CRIANÇA COMO TITULAR DE DIREITOS E A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE

3.1. DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA

O primeiro diploma internacional a albergar os direitos da criança foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra de 1924⁷³. Posteriormente, somente após a 2ª Guerra Mundial, novos diplomas internacionais foram elaborados sob a ótica da proteção dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento do Homem, podendo-se elencar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica⁷⁴ e a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, datada em 1959. Contudo, apenas em 20 novembro 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi instituída pela ONU, tendo entrado em vigor em 02 de setembro de 1990, tratado internacional de direitos humanos mais aceito na história, ratificado por 196 países, com exceção dos EUA.

Referida Convenção foi o primeiro diploma a reconhecer o direito da proteção integral da criança, que se baseia em três pilares: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, o direito à convivência familiar e a prioridade absoluta do Estado para com a pessoa em desenvolvimento, que cabe aqui explicar.

⁷³ UNICEF. História dos direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>, acessado em 17/07/2021.

⁷⁴ Artigo 19: Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor exige de sua família, da sociedade e do Estado. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.html, acessado em 17/07/2021.

O art. 2 preleciona que toda criança deve ser tratada de forma igual, independente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. O art. 3 refere-se ao interesse primordial das crianças, ou seja, todo e qualquer ato de entidade pública ou privada deve basear-se no primordial interesse da criança.

Nos seguintes artigos, elenca o dever do Estado e dos pais para com as crianças e o direito dos infantes à vida (art. 6º), ao nome e nacionalidade (art. 7º), à liberdade de expressão, de comunicar-se, ser ouvida e dar sua opinião (arts. 12 e 13), direito à crença religiosa, associação, reunião (arts. 13 e 14), o dever dos pais e tutores pelo interesse primordial da criança e primordial atenção ao direito à educação (art. 18) e proteção contra a exploração econômica.

Depreende-se da análise dos artigos da citada Convenção que o dever de prover a proteção e condições para o livre e pleno desenvolvimento do ser criança⁷⁵ não é apenas do Estado, mas também da família e da sociedade.

Ressalte-se que, para a Convenção, criança é todo ser humano com 18 anos incompletos, salvo lei que disponha em contrário⁷⁶, ou seja, permitiu aos Estados Partes atribuírem seus próprios critérios de proteção e adequação de quem é considerado criança. E mais, a Convenção não criou subcategorias de proteção, como primeira infância, criança e adolescente – o critério escolhido foi somente o etário.

No ambiente digital, a proteção integral foi reforçada com a publicação, pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU, do Comentário Geral nº 25 sobre Direitos das Crianças⁷⁷, em março de 2021, cujo objetivo é ratificar a aplicabilidade da Convenção sobre os Direitos da Criança no meio digital.

⁷⁵ DENSA, Roberta. Proteção Jurídica da criança consumidora: entretenimento-classificação indicativa-filmes-jogos-jogos eletrônicos. Foco: Indaiatuba/São Paulo, 2018. p. 41.

⁷⁶ Art.1. Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>, acessado em 17/07/2021.

⁷⁷ Comentário Geral nº 25 sobre Direitos das Crianças. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>, acessado em 23/07/2021.

Em referência ao presente trabalho, cabe mencionar a especial atenção dada à publicidade e ao *marketing* em seu Título V, introduzida como uma das medidas gerais que os poderes públicos dos Estados Partes devem implementar na busca da efetiva proteção integral da criança também no ambiente digital. O Comentário cita os malefícios que tal atividade voltada para o público infantil é capaz de gerar; cite-se: “o processamento de dados pessoais que podem resultar em violações ou abusos dos direitos das crianças, inclusive através de recursos de *design* publicitário que antecipam e orientam as ações de uma criança para conteúdos mais extremos, notificações automatizadas que podem interromper o sono ou o uso de informações pessoais ou localização de uma criança para direcionar conteúdo potencialmente prejudicial com finalidade comercial” (J.40). Também é enaltecido o dever de identificabilidade do conteúdo publicitário, isto é, sua distinção do restante dos conteúdos deve ser clara, assim como não devem perpetuar estereótipos de gênero e raça.

Por fim, determina que os Estados Partes proíbam toda a forma de publicidade direcionada às crianças de todas as idades, que se baseiem em registro digital de suas características reais ou inferidas, sejam dados de grupos ou alguma coletividade, e publicidade direcionada por associação ou perfis de afinidade, assim como as técnicas que dependam de *neuromarketing*⁷⁸.

Constata-se que o Comentário nº 25 da ONU trouxe medidas de proteção da criança em ambiente digital que se aplicam às atividades perpetradas pelos *games*, em atenção aqui aos F2P, que podem coletar dados pessoais dos usuários e promover produtos em realidades virtuais, muitas vezes sem qualquer identificabilidade, assim como àqueles anúncios que se utilizam de técnicas de *neuromarketing* e análise emocional.

Quanto à proteção integral das crianças nos Estados Partes, cabe informar que no Brasil a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças ocorreu em 1990, mesmo ano em que se promulgou o ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE, diploma de regência dos direitos das crianças e adolescentes, bem como deveres e obrigações

⁷⁸ “As práticas que dependem de *neuromarketing*, análise emocional, publicidade imersiva e publicidade em ambientes de realidade virtual e aumentada para promover produtos, aplicações e serviços, também devem ser proibidas de se envolver direta ou indiretamente com crianças” (J. 42).

da sociedade perante tão especial categoria de pessoas, prioridade absoluta da garantia dos direitos e a proteção integral da criança e do adolescente, disciplinados nos arts. 1º⁷⁹ e 4º⁸⁰.

O ECA adotou apenas o critério etário para a classificação do ser humano em desenvolvimento, dividindo em duas categorias: criança até 12 anos incompletos e adolescente de 12 a 18 anos de idade incompletos (art. 2º). A classificação existe para diferenciar as medidas a serem aplicadas em caso de observação de situação de risco ou cometimento de ato infracional pela pessoa menor de 18 anos. E para escolha adequada aquando da colocação da criança ou adolescente em família substituta.

O ordenamento brasileiro consagra também, em sua CF/BR⁸¹, art.1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana e, no art. 227⁸², trata especificamente da proteção integral das crianças, bem como a tríplice responsabilidade do Estado, da família e da sociedade para a efetivação dos princípios ali mencionados.

Em continuidade, em 1991 foi criado o CONANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente⁸³, órgão colegiado de gestão compartilhada pelo governo federal e sociedade civil, que tem por objetivo a definição de diretrizes para a Política Nacional de Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes, além de fiscalizar as ações e políti-

⁷⁹ Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁸⁰ É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁸¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 28/08/2021.

⁸² É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

⁸³ Lei 8.242/1991, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18242.htm, acessado em 17/07/2021.

cas públicas promovidas pelo poder público no que tange aos direitos das crianças e adolescentes.

E, dentre as diversas resoluções criadas pelo órgão⁸⁴, destaca-se para o presente trabalho a Resolução nº 163, de março de 2014⁸⁵, a qual dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, conceitua o termo comunicações mercadológicas e as características que a tornam abusivas.

Por último, o Marco Legal da Primeira Infância, diploma legal que estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância⁸⁶, devido à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, também assegurou, no art. 3º, o princípio da proteção integral da criança.

Avança-se então, para os direitos da criança no âmbito da União Europeia, países partes que ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. Destaca-se o art. 3º, nº 3 do Tratado da União Europeia, que prevê a proteção aos direitos das crianças⁸⁷. E o art. 24 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia quando toca ao direito da criança à livre opinião, o interesse superior da criança e ao direito ao convívio familiar⁸⁸.

⁸⁴ O Art. 2º da lei que instituiu o CONANDA lhe atribuiu competências para criação de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, em consonância com o ECA.

⁸⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-l63-publicidade-infantil.pdf>, acessado em 17/07/2021.

⁸⁶ Aqui compreendendo o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

⁸⁷ “(...) União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>, acessada em 10/06/2021.

⁸⁸ 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que ser tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, acessada em 10/06/2021.

Ainda, a Carta Social Europeia⁸⁹ foi elaborada com o objetivo de assegurar direitos sociais à população dos Estados-Membros do Conselho da Europa⁹⁰ para melhorar o nível de vida e promover seu bem-estar. Em seus arts. 7 e 17, tratam da proteção da criança no ambiente de trabalho, quando possível, e o dever dos Estados em articular-se para que as crianças recebam os devidos cuidados, assistência, educação e proteção para seu pleno desenvolvimento.

Nota-se que, tanto o Brasil como os Estados Partes da UE, quando ratificaram a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, propuseram-se a assegurar a proteção integral da criança, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, fazendo jus à especial atenção. Por isso, políticas públicas, normas e estratégias foram e devem ser elaboradas com vista ao seu pleno desenvolvimento. Proteção esta que abarca ações contra a exploração econômica indevida e a busca pelo ambiente digital seguro e saudável, evitando a exploração da criança em sua credulidade e vulnerabilidade agravada, inclusive enquanto brinca.

Ultrapassada a análise da criança como sujeito de direitos e detentora de proteção integral da sociedade e do Estado, analisa-se a proteção da criança como consumidor.

3.2. O CONSUMIDOR CRIANÇA

Como demonstrado, a criança é titular de direitos e inúmeros países apresentam regras de proteção integral para seu pleno desenvolvimento. Frise-se, aqui, que a aplicabilidade de tal princípio não cabe apenas ao Estado, mas também à sociedade e à família. E, no tocante ao consumo, conforme demonstrado no capítulo primeiro e segundo, a criança é personagem ativo e importante da sociedade de consumo, merecendo não só a proteção devida ao adulto, mas também a proteção específica decorrente da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

⁸⁹ Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf, acessada em 10/06/2021.

⁹⁰ A aplicação da Carta Social Europeia é fiscalizada pelo Comitê Europeu dos Direitos Sociais, formado por peritos independentes que se pronunciam sobre a aplicação do direito pelos Estados Partes através de reclamações coletivas ou de sistemas de relatórios nacionais. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf, acessado em 12/06/2021, p. 32.

Um dos caminhos dessa proteção é através do direito do consumidor, elevado à direito fundamental no ordenamento brasileiro na CF/BR⁹¹ e disposto no TFUE, no art. 169⁹², bem como na carta dos direitos fundamentais da União Europeia, no art. 38⁹³.

Primeiramente, deve-se identificar que o consumidor *standard*⁹⁴ possui como característica a vulnerabilidade diante do mercado de consumo, entendida como fragilidade perante uma situação, uma desigualdade, seja ela permanente ou transitória, de âmbito individual ou coletivo. E, quando identificada no caso concreto, deve-se buscar os meios para tornar a relação mais justa e igual⁹⁵.

Assim, a criança como consumidora e influenciadora de consumo também absorve a publicidade a que é exposta, como explicado anteriormente. Contudo, diante de suas características de pessoa em desenvolvimento, a criança é classificada como hipervulnerável.

O consumidor hipervulnerável é aquele que tem a vulnerabilidade agravada por alguma condição especial da pessoa natural, seja por sua idade, pelo desenvolvimento intelectual ou qualquer outra condição fática conhecida que a torna mais suscetível e influenciável no mercado de consumo.

No caso da criança, sua hipervulnerabilidade existe pela conjunção da vulnerabilidade inerente a sua condição de pessoa em desenvolvimento

⁹¹ Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁹² Artigo 169.o (ex-artigo 153.o TCE) 1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

⁹³ Artigo 38º: As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

⁹⁴ Art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, abarca a pessoa natural ou jurídica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm, acessado em 28/03/2021

⁹⁵ “(...) a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade, não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para explicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação dessas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

somada à vulnerabilidade característica das relações de consumo, razão pela qual carece de proteção especial⁹⁶.

Veja-se que o art. 39, inciso IV do CDC, inclusive, classifica como abusivas as práticas comerciais que exploram a tenra idade do consumidor e as fragilidades dela decorrente: “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Tal proteção legal não é ao acaso, visto que a depender da idade a criança sequer tem capacidade de compreensão por completo do conteúdo que consome, sendo facilmente influenciada pelas práticas comerciais publicitárias, o que a torna sujeito de direito de proteção especial na legislação consumerista⁹⁷. No mesmo sentido, o art. 6º do RPCD em Portugal⁹⁸.

Além do poder maior de influência que a publicidade tem sobre a criança em relação a um adulto, o infante não tem capacidade crítica⁹⁹ de

⁹⁶ “A criança é, portanto, hipervulnerável, apresentando especial vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e informacional, sendo necessária uma proteção diferenciada no mercado de consumo”. DENSA, Roberta. Proteção Jurídica da criança consumidora: entretenimento-classificação indicativa-filmes-jogos-jogos eletrônicos. Foco: Indaiatuba/São Paulo, 2018, p. 38.

⁹⁷ Trata-se, na verdade, do público-alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários, notadamente porque, a depender da sua faixa etária, a criança sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está submetida e entender os seus efeitos persuasivos. Daí porque o CDC preocupou-se, em particular, com a menção à exploração da deficiência de julgamento da criança. 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. 185. 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 15/04/2021.

⁹⁸ São desleais, em especial: a) As práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção; Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis, acessado em 31/07/2021.

⁹⁹ Assevera-se que as crianças não têm condições de compreensão e entendimento do conteúdo implícito presente na informação publicitária, muito menos seu caráter persuasivo, incentivador do consumo. Aliás, esses indivíduos sequer têm o entendimento necessário para observar que dada comunicação é publicidade. Evidentemente, um adulto possui muito mais força de resistência mental e de apreensão da realidade do que uma criança, podendo enfrentar a pressão exercida pela publicidade. A ausência dessa característica na criança, que

analisar a veracidade das informações que lhe são expostas, tampouco de discernir o real do fantasioso, a depender da faixa etária.

Explique-se que a vulnerabilidade advinda da exposição à publicidade é denominada vulnerabilidade informacional e, segundo MIRAGEM, é: “(...) característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, a priori, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do marketing dos fornecedores”¹⁰⁰.

Em outras palavras, há excesso de informações irrelevantes, que acabam por desviar a atenção do consumidor para detalhes e características relevantes do produto ou serviço e, conseqüentemente, o único detentor de informação é o fornecedor, que a utiliza da maneira que entende melhor.

Por tais razões, faz-se necessário que a publicidade, como atividade econômica como outra qualquer, também respeite as regras do ordenamento jurídico e seja regulada, como se passa a demonstrar.

3.3. CONCEITOS: *MARKETING*, PROPAGANDA E PUBLICIDADE

Necessário primeiramente diferenciar os termos *marketing*, propaganda e publicidade, que, apesar de serem tratados muitas vezes com o mesmo sentido, pelo próprio mercado de consumo e pela legislação¹⁰¹, não o são, conforme será explicado.

O *marketing*¹⁰² é a palavra inglesa definida como “*the work of advertising and offering goods or services for sale (...) the business activity that involves*

não tem aptidão para analisar criticamente uma dada informação, deflagra um grau maior de vulnerabilidade, deforma que ela se enquadra também na conceção de hipervulnerabilidade, de forma que ela se enquadra também na conceção de hipervulnerável. SCHMITT, Cristiano Heinek. Consumidores hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6ª ed.: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 130.

¹⁰¹ Tome-se como exemplo a legislação brasileira, que fez uso das palavras publicidade e propaganda, algumas vezes para designar a mesma atividade, vide § 4º do art. 220 da CF, ao utilizar “propaganda comercial” para tratar de publicidade comercial. Assim como os artigos 56, XII e 60 do CDC, quando regulamentaram a “contrapropaganda”, na verdade, referindo-se à publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁰² Informe-se também que, no dicionário português-português, a definição de *marketing* é: “conjunto de ações e técnicas que tem por objetivo a implantação de uma estratégia

finding out what customers want, using that information to design products and services, and selling them effectively”¹⁰³. No dicionário português-brasileiro, a definição é a seguinte: “1. Conjunto de recursos estratégicos e conhecimento especializado, que contribuem para o planejamento, lançamento, e aspectos essenciais para a sustentação de um produto no mercado. 2. Conjunto de estratégias que têm como objetivo influenciar o público fortalecendo a ideia, a marca, a instituição, o produto, a embalagem, os pontos de venda etc”¹⁰⁴”.

Assim, compreende-se que o *marketing* é o conjunto de ações e estratégias a serem desenvolvidas em prol da receção positiva de um produto, marca ou serviço perante os olhos dos consumidores. Sendo a estratégia desenvolvida antes do lançamento do produto/marca/serviço em questão ou para reformulá-los, por exemplo, às necessidades e requisições dos consumidores. Dessa forma, o marketing engloba tanto a propaganda como a publicidade, já que, para o desenvolvimento efetivo das duas atividades, há estudo estratégico sobre as pessoas-alvo.

O termo propaganda deriva do verbo latino *propagare*, que deriva de *pangere*, que significa “enterrar, mergulhar, plantar”. O termo foi utilizado pelo papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com a finalidade de propagar a fé católica pelo mundo: a propaganda estaria ligada à ideia de propagação de princípios e teorias, como no caso da propagação de doutrinas religiosas, ou qualquer outro meio de informação que se proponha a disseminar ideias¹⁰⁵.

Assim, pela origem da palavra propaganda, compreende-se que seu objetivo é disseminar ideias, pensamentos e um modo de vida, temas não relacionados à economia ou ao mercado de consumo. Entretanto, hoje, a propaganda é muito utilizada para fins políticos, para difundir pensa-

comercial nos seus variados aspetos, desde o estudo do mercado e suas tendências até à venda propriamente dita e ao apoio técnico após a venda; mercadologia”. Dicionário Língua Portuguesa Infopedia. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/marketing>, acessado em 04/06/2021.

¹⁰³ Dicionário Cambridge. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/marketing>, acessado em 04/06/2021.

¹⁰⁴ Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/marketing/>, acessado em 04/06/2021.

¹⁰⁵ PORTO, Renato. Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente. Saraiva: São Paulo. 2014, p. 131.

mentos, ideologias, partidos e pessoas. O fito da propaganda é o convencimento sobre um pensamento, não sobre um bem material ou imaterial.

Por outro lado, a palavra publicidade deriva do latim *publicus* e consiste na propagação da informação sobre determinado produto ou serviço. É forma de comunicação em massa, direcionada e com o intuito persuasivo¹⁰⁶ e de criação de necessidade de consumo. O objetivo é econômico, tornar conhecida uma marca, um produto ou um serviço.

Cabe expor o conceito de publicidade de LUCIA ANCONA DIAS¹⁰⁷: “(...) 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”.

No mesmo sentido, MIRAGEM¹⁰⁸ complementa que o intuito da publicidade é estimular e influenciar a compra de determinado produto ou serviço pelo público em foco. Assim, depreende-se que a publicidade é o exercício do enaltecimento da marca e/ou bem, de suas qualidades e características, com o fim de convencer o consumidor de que precisa de determinado bem, que precisa daquele estilo de vida. O mesmo autor faz distinção entre a publicidade promocional e a institucional, em que a primeira exerce a promoção de produtos e serviços e a última tem intuito de promover a marca ou empresa produtora dos bens de consumo¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Publicidade é: “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação ou persuasão”. BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. Editora RT, São Paulo, 1994.

¹⁰⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, pp. 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.

¹⁰⁸ “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. 6ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 265.

¹⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 265.

No mesmo viés ensina ADALBERTO PASQUALOTTO acerca da publicidade, que incluiu em sua definição entidades não personalizadas como emissoras de publicidades; cite-se: “toda a comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem finalidade lucrativa”¹¹⁰.

Assim, o exercício da publicidade é seduzir e, para isso, utiliza-se de diversos meios, sejam sensoriais, artísticos e/ou estudos de comportamento. O objetivo é criar um elo entre a marca, o bem material ou imaterial e o consumidor, o que pode desencadear um consumo desenfreado e compulsivo¹¹¹, características estas explicadas no capítulo I.

Posto isso, nota-se que a grande diferença entre propaganda e publicidade é o intuito de consumo da publicidade, uma vez que a propaganda apenas pretende a promoção de pensamentos e/ou ideologias, mesmo que no formato de publicidade governamental. O objetivo não é a aquisição de bens ou serviços, meta essa da publicidade comercial, seja ela realizada em quaisquer dos formatos disponíveis no mercado de consumo.

Cabe citar a didática explicação de CLÁUDIA LIMA MARQUES, que diferencia os dois termos: “preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo fica excluída a propaganda política, já regulamentada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando assim claramente o que é propaganda (difusão de ideias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC; sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista”¹¹².

¹¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 25.

¹¹¹ “Publicidade envolve sedução: é a arte ao serviço do mercado. Por seu intermédio, o fornecedor estabelece modalidade de dependência psicológica entre o consumidor e o produto/marca, resultando, por consequência, na criação da necessidade, não rara, verdadeira compulsão ao consumo do produto ou serviço”. PORTO, Renato. Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente. Saraiva: São Paulo. 2014, p. 131.

¹¹² MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4ª ed-, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 673.

Do exposto, realizada a diferenciação das nomenclaturas apontadas – *marketing*, propaganda e publicidade, introduz-se a análise acerca da regulação da publicidade, meio utilizado para comunicar e informar acerca de bens e marcas no mercado de consumo.

3.4. REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

3.4.1. BRASIL

Apesar das diferenças dos termos propaganda, *marketing* e publicidade, trazidos no tópico anterior, a legislação não fez diferença entre elas, visto que se utiliza de termos abertos e conceitos não fechados para possibilitar a aplicação da lei a todas as formas presentes e futuras de realizar publicidade.

Destaca-se, primeiro, que a publicidade é a atividade econômica protegida constitucionalmente, resguardada pela livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, pela livre concorrência¹¹³ e pelo princípio da liberdade de expressão¹¹⁴. Através da publicidade, permite-se ao pretensão consumidor receber informações que lhe interessam, permitindo-lhe escolher, no mercado de consumo, o serviço ou produto que mais lhe agrada, livrando-se de monopólios e compreendendo melhor as vantagens e desvantagens de diversos produtos e serviços postos à disposição¹¹⁵.

Nota-se que o exercício pleno da atividade publicitária é protegido pelo constituinte, diante da sua importância para a difusão de informação, liberdade criativa e artística, em conjunto com o desenvolvimento econômico¹¹⁶. Por outro lado, a própria CF/BR trouxe limites à publicidade,

¹¹³ Art. 170 da CF: “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; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

¹¹⁴ Art. 5º, inciso IX da CF: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) Instituto Alana: São Paulo, 2014, agosto, p. 11.

¹¹⁶ “Trata-se de uma visão liberal de sociedade, segundo a qual o Estado não se deveria envolver na vida privada e em aspectos econômicos, deixando os mercados livres para maximizar os benefícios sociais da livre iniciativa (...) a comunicação comercial deveria receber o mesmo

como as restrições de publicidade de produtos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, assim como restringiu a propaganda de determinados produtos que causam malefícios à saúde, conforme art. 220, § 3º e 4º da CF/BR¹¹⁷.

Ainda, no mesmo artigo que enaltece a valorização da livre iniciativa e a livre concorrência, não deixa de enunciar, sob o mesmo grau, a compatibilização das atividades econômicas com o direito do consumidor, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXII da CF/BR, e a defesa do consumidor, um dos princípios da ordem econômica¹¹⁸.

A partir da legislação, depreende-se que a publicidade é importante atividade econômica protegida e estimulada pela CF/BR. Entretanto, em conjunto com o desenvolvimento econômico, tal atividade deve também respeitar outros direitos de iguais valores, como o direito do consumidor, conforme explica BRUNO MIRAGEM: “atividade publicitária não pode ser mecanismo da lesão a direitos fundamentais. Ao contrário, no exercício das liberdades que fundamentam o exercício desta atividade legítima, de fins econômicos, há de se exigir sua conformação com outros direitos e liberdades fundamentais, de modo a prevenir-se sua colisão”¹¹⁹.

Então, em 1990, com a inauguração do diploma legal dedicado aos direitos dos consumidores, o CDC, que estabelece como um de seus objetivos a proteção do consumidor de práticas comerciais desleais que desrespeitem

alto nível de proteção conferido às manifestações políticas, artísticas e as outras de diversa natureza”. PASQUALOTTO, Adalberto. “Publicidade para as crianças: liberar, proibir ou regular?”, in *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27, Ed. RT, São Paulo mar-abr.2018, pp. 69-93, p.70.

¹¹⁷ Art. 220: “(...) 3º Compete à lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

¹¹⁸ Art. 170. 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: (...) V – defesa do consumidor.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Projeto criança e consumo. A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança (Conanda). Instituto Alana, São Paulo, 2014, p. 11. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf, acessado em 13/06/2021.

os princípios norteadores da defesa do consumidor¹²⁰, em seu art. 6º trata da publicidade como um dos direitos básicos do consumidor e o inciso IV disciplina: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Posteriormente, no capítulo dedicado às práticas comerciais, em seu art. 30¹²¹, tornou vinculante a oferta realizada pelo fornecedor, em quaisquer meios que essa oferta publicitária fosse realizada. Na secção dedicada à publicidade, estabelece que esta deve ser veiculada de forma clara e de fácil identificação (art. 36¹²²). E, no art. 37¹²³, estabelece a proibição da publicidade enganosa e abusiva, bem como conceitua ambas. Ainda, determina no art. 39¹²⁴ a vedação do fornecedor a práticas abusivas, que aqui interessa especificamente práticas que se utilizam da fraqueza do consumidor, como sua idade e conhecimento, por consequência, as crianças, personagem de destaque na presente dissertação.

¹²⁰ O CDC é especialmente incisivo ao proteger o consumidor contra os eventuais efeitos nocivos da publicidade. Aliás, dentro os direitos básicos do consumidor está “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. BRAGA NETO, Felipe P. Manual de Direito do Consumidor. 11ª ed., JusPodivm, Salvador, 2016, p. 335.

¹²¹ “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”.

¹²² Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

¹²³ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º 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. § 2º 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 segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

¹²⁴ É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Assim, depreende-se que no direito do consumidor brasileiro a publicidade apresenta grande relevo jurídico, para realizar oferta de consumo, constituindo negócio unilateral, assim como apresenta mecanismos protetivos ao consumidor aquando da proibição da execução da publicidade de forma enganosa ou abusiva, nos termos do art. 37 já citado, e quando propaga informações que podem gerar expectativas sobre o mercado de consumo atingido¹²⁵.

Nesse diapasão, cite-se novamente o ECA, que, em seus arts. 74 a 80, trouxe limites aos programas e veículos de comunicação quanto às publicações impróprias para crianças e adolescentes, além da Resolução nº 163/2014 do CONANDA, que dispõe sobre o caráter abusivo de publicidade e comunicação mercadológica¹²⁶ à criança e ao adolescente.

Ato contínuo, o art. 2º explana que abusiva é toda a publicidade e comunicação mercadológica, difundida sob qualquer meio, suporte ou mídia e em qualquer horário, direcionada à criança com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço que se utiliza de linguagem infantil¹²⁷.

¹²⁵ “Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância jurídica basicamente em três situações. A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das suas figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira quando de apresente como espécie de contrato social de consumo, na qual embora não encerrando os requisitos de um negócio jurídico unilateral de oferta, divulga informação capaz de gerar nos consumidores em geral, ou em algum individualmente, expectativas legítimas que, em face da tutela da confiança e do princípio da boa-fé objetiva que fundamentam o CDC, determinam igualmente a eficácia vinculativa do fornecedor que a promover”. MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

¹²⁶ Cabe informar o conceito de comunicação mercadológica presente no art. 1º: (...) toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado. (...) §2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio, *banners* e páginas na internet, embalagens, promoções, *merchandising*, ações por meio de shows, apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

¹²⁷ Além da linguagem infantil a que também se utiliza de: II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III – representação de criança; IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V – personagens ou apresentadores infantis; VI – desenho animado ou de animação; VII – bonecos ou similares; VIII – promoção com

No mesmo sentido, o Marco Legal da Primeira Infância atribui, em seu art. 5º, como uma das áreas de prioridade para políticas públicas da primeira infância a proteção contra a pressão consumista e medidas para evitar a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Inferre-se o caráter protetivo das atuais regulações para com toda a publicidade que recorra a meios abusivos e que se utilize da vulnerabilidade do infante, além de sua aplicabilidade irrestrita a qualquer veículo de comunicação e horário, e especial atenção às crianças de até 6 anos de idade.

Ademais, o arcabouço legal brasileiro apresenta regras abertas e principiológicas em vista à proteção do consumidor e para a qualificação da publicidade, abusiva ou enganosa, além de enaltecer os deveres de informação, clareza, identificabilidade e do não aproveitamento de vulnerabilidades agravadas. Assim como prevê regras exemplificativas quanto à comunicação mercadológica abusiva direcionada à criança, sem em nenhum momento restringir o veículo que se podem e devem ser aplicadas tais regras.

Posto isso, as disposições legais ora elencadas devem ser observadas em todos os meios de comunicação, inclusive o digital, mesmo não existindo menção específica a termos como *advergame* ou *advergaming*, pois a configuração da abusividade ocorre pelo conteúdo propagado na publicidade, sendo irrelevante o meio em que se dá sua difusão.

Por fim, a publicidade sofre, além da regulamentação advinda do Estado, também interferência de forma privada, através da autorregulamentação pelos próprios agentes do mercado. O Brasil, por exemplo, apresenta o sistema misto de controle: estatal e privado.

Cumprе informar que a autorregulamentação publicitária no Brasil teve início na década de 70, período em que o país vivia um estado não democrático, que exercia censura prévia em diversas atividades, como nas artes, no jornalismo e também almejava exercer censura prévia na publicidade. Assim, em 1977, foi elaborado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária CBAP, aprovado no ano posterior. Em 1979, foi criada a Comissão Nacional de Autorregulamentação Publicitária, criada para aplicar o código, sendo, em 1980, transformada no atual CONAR –

distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, organização não governamental encarregada da aplicação do CBAP¹²⁸ às denúncias de publicidade inapropriada. Contudo, há de se frisar que o CONAR não faz nenhuma censura prévia, apenas emite recomendações aos veículos de comunicação.

O CONAR é formado por empresas e entidades nacionais que atuam na atividade de publicidade e propaganda. Inclui agências, empresas de comunicação e outras quaisquer empresas que exerçam suas atividades no ecossistema da propaganda comercial e entidades da sociedade civil que alberguem pertinência com os objetivos sociais do CONAR, conforme explica o art. 8º de seu instituto. O capítulo II do CBAP institui os princípios gerais que devem estar presentes na mensagem publicitária: respeito à dignidade da pessoa humana e a intimidade, dever de ser decente, não abusar da confiança do consumidor, ser facilmente identificável e apresentação verdadeira (arts. 19 a 31). Ainda, o art. 37 dispõe que os anúncios não poderão dirigir-se de forma imperativa ao consumo diretamente à criança.

Do exposto, verifica-se que o exercício da atividade publicitária veiculada no Brasil tem proteção legal, tendo em vista a grande importância como atividade econômica e agente difusor de informação, que merece também proteção sob a égide da liberdade de expressão e da livre iniciativa. Sem perder de vista, no entanto, que tais direitos não são absolutos, devendo ser adequada a direitos fundamentais de igual importância como o direito do consumidor e da criança.

Inicializa-se, a seguir, a apresentação da regulação da publicidade na União Europeia.

3.4.2. UNIÃO EUROPEIA

No âmbito da União Europeia, hoje destacam-se o art. 169, nº 1 do TFUE e o art. 38 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, como pilares de proteção dos consumidores, que permitiram o desenvolvimento de outras diretivas, assim como a atuação do Tribunal de Justiça da UE perante o consumidor criança¹²⁹.

¹²⁸ CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acessado em 13/06/2021.

¹²⁹ Cite-se acórdão proferido em 2008, que entendeu pelo interesse superior da criança para justificar a imposição de limites às liberdades do mercado em prol dos direitos dos menores e

Cite-se, no tocante ao controle da publicidade, a Diretiva 89/552/CEE¹³⁰, que regulamentou o exercício das atividades de radiodifusão televisiva. O art. 1º traz as definições de publicidade televisiva, publicidade clandestina e patrocínio.

Destacam-se os artigos que tratam da proteção dos menores: o art. 20 preleciona que os Estados-Membros devem tomar medidas para coibir a emissão de programas que possam prejudicar o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, bem como aqueles que disseminem porventura o ódio por raça, sexo, religião ou nacionalidade; e o art. 16º enuncia que a publicidade em meio televisivo não pode causar qualquer prejuízo a menores, estabelecendo quatro critérios relacionados ao não incitamento direto às compras, através da exploração de sua credulidade e inexperiência, a persuadir seus pais e ou responsáveis a adquirirem bens, bem como não fazer uso da confiança dos menores nestes e não poder expor menores à situação de perigo. Tais critérios foram observados pelos legisladores dos países a serem citados abaixo, assim como pelos códigos de autorregulamentação.

Posteriormente, a Diretiva nº 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, trouxe o importante conceito de comunicação comercial, que são “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras”.

Seguidamente, a Diretiva 2005/29/CE¹³¹ do Parlamento Europeu e do Conselho trouxe regras de proteção aos consumidores em face às práticas desleais que possam lhe causar lesão em âmbito econômico, definindo consumidor, profissional e práticas comerciais. Além de proibir as práticas

da dignidade humana, com fulcro no princípio da proporcionalidade, ou seja, tal proibição de circulação de mercadorias deveria limitar-se ao objetivo de atender à proteção das crianças. TJUE, C-244/06. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1438078101815&uri=CELEX%3A62006CJ0244#>, acessado em 17/07/2021.

¹³⁰ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552>, acessado em 27/07/2021.

¹³¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:pt:PDF>, acessado em 27/07/2021.

comerciais desleais, estimula os Estados-Membros a criarem seus próprios códigos de conduta – *vide* art. 10¹³². A proteção à criança está presente no art. 5º, nº 3, como categoria de consumidor particularmente vulnerável.

Também a Diretiva 2006/114/CEE, que apresenta o conceito de publicidade, estabelecido em seu art. 2º, trata especificamente sobre a publicidade enganosa e comparativa.

Por fim, a Diretiva 2010/13/UE¹³³, que disciplina a oferta de serviços de comunicação social audiovisual, sendo aplicada para a oferta no meio televisivo, seja por meio analógico ou digital, ou seja, abrange a transmissão do conteúdo via Internet. E inovações quanto à definição de publicidade televisiva e regulamentação quanto ao modo de ser realizada¹³⁴ e proteção específica aos menores, como a possibilidade de proibição de patrocinadores durante os programas infantis (art. 11, nº 4) e caso seja permitida a publicidade durante a programação infantil, estabelece parâmetros para sua veiculação (art. 20, nº 2); e, novamente, no art. 22, disciplina a publicidade televisiva de bebidas alcoólicas, impedindo seu direcionamento a menores, assim como apresentá-los consumindo.

De forma geral, o art. 9º traz requisitos a serem cumpridos pelos fornecedores de serviços de comunicação social. Importante menção para que os Estados-Membros encorajem os fornecedores a elaborarem seus códigos de conduta, estabelecendo como inadequadas a mensagem “que acompanhe ou esteja incluída em programas infantis, relativa a alimentos e bebidas que contenham nutrientes e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos trans, o sal/sódio e os açúcares, cuja presença em quantidades excessivas no regime alimentar não é recomendada”.

Aqui, cabe destacar a relevância das Diretivas da União Europeia, pois são determinações que serão cumpridas por diversos países e, consequentemente, influenciam outros e possibilitam um ambiente não digital e

¹³² 10. A presente diretiva não exclui o controlo, que pode ser incentivado pelos Estados-Membros, das práticas comerciais desleais por titulares de códigos e o recurso a tais titulares pelas pessoas ou organizações artigo 11, se, para além dos processos judiciais ou administrativos mencionados no referido artigo, houver processos pendentes nesses junto desses titulares de códigos.

¹³³ A Diretiva 2010/13/UE alterou a Diretiva de Serviços de Comunicação Social Audiovisual que codificou a Diretiva 89/552/CEE.

¹³⁴ Art. 1º, nº 1, ii, i e art. 19 e 20.

digital mais seguro para as crianças, tendo em vista que a regulação da publicidade é matéria especialmente complexa no mundo *online* devido à dificuldade de aplicação de um único sistema jurídico, a depender do local onde o *game* está hospedado e onde seu serviço é veiculado.

Em termos autorregulatórios, importante destacar a EASA – *European Advertising Standards Alliance*¹³⁵, organização não governamental, com sede em Bruxelas, composta por organismos nacionais de autorregulamentação da Europa. A organização estabelece a seus membros o dever de desenvolverem códigos de regulamentação publicitária com base em suas realidades locais, ou seja, aspetos culturais, comerciais e jurídicos de cada país-membro devem ser observados e considerados, além de atenderem às novas tecnologias em que se dá a publicidade e cumprir com os princípios da publicidade legal, decente, honesta e verdadeira, sendo de responsabilidade social, em conformidade com os princípios da concorrência leal e do não prejuízo à confiança do público na publicidade.

3.4.3. ANÁLISE: ESPANHA, FRANÇA E PORTUGAL

Inicia-se a análise dos regramentos atinentes à publicidade em Espanha, França e Portugal, que apresentam regulação mista, como será demonstrado.

O regramento estatal espanhol quanto à publicidade foi disciplinado na *Ley General de Publicidad* nº 34/1988¹³⁶, na qual se encontra o conceito de publicidade (art. 2º), disposições acerca da publicidade ilícita, sendo aquela que atenta contra a dignidade da pessoa vulnerável, valores e direitos reconhecidos na constituição espanhola, incluindo a publicidade dirigida a menores que explorem sua inexperiência, credulidade ou que as levem a persuadir pais e ou responsáveis [art. 3º a) e b)]. Também a Lei 3/1991¹³⁷, a qual dispõe sobre a competição desleal, incluindo a publicidade ilícita. Seu art. 30 preleciona como prática agressiva aquela que se dirige às crianças de forma direta para convencerem seus pais ou adultos à compra dos bens anunciados.

¹³⁵ A EASA atualmente é composta por 28 representantes dos países europeus, além de representantes da indústria da publicidade, de modo a promover a publicidade responsável e ética. Disponível em: <https://www.easa-alliance.org/about-easa>, acessado em 04/07/2021.

¹³⁶ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-26156-consolidado.pdf>, acessado em 24/07/2021.

¹³⁷ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf>, acessado em 24/07/2021.

No que toca à autorregulamentação publicitária, a Espanha também tem seu próprio código de conduta publicitária, estabelecido, em 1996, pelo AUTOCONTROL¹³⁸, o qual se aplica a todos os meios de comunicação publicitária. Traz disposições acerca da publicidade enganosa no art. 14.2 e, no art. 28, enuncia regras acerca da publicidade dirigida às crianças. Além do código de autorregulação geral, que foi baseado no Código Internacional de Práticas Publicitárias da *International Chamber of Commerce* (ICC), o país dispõe atualmente de 21 códigos de condutas setoriais.

Destaca-se aqui o *Código de Autorregulación de la publicidad infantil de juguetes*¹³⁹, o qual atualizou as normas deontológicas já existentes para aplicabilidade às novas técnicas de telecomunicações do mercado, destacando os princípios da legalidade, lealdade, informação e da identificabilidade, e a observância da legislação de proteção de dados pessoais e seu tratamento (XII, 36, 40), proibindo o tratamento de dados de menores de 14 anos, sem o consentimento de pais e tutores, bem como proíbe a obtenção de informações através dos menores de outros membros da família.

Ainda, reconheceu como novas formas publicitárias o *advergaming*, no título XII, que cabe aqui citar: “*publicidad de juguetes por Internet, nuevas tecnologías y nuevas formas publicitarias 41. Los anuncios en medios no convencionales, como Internet, así como las fórmulas híbridas de comunicación comercial y nuevas formas publicitarias (advergaming, infotainment...) quedarán regulados por los mismos principios que la publicidad en general*”. O referido título explica que as novas formas de publicidade de jogos na Internet deverão observar também os princípios gerais da publicidade.

Também foi delimitada maior proteção ao público de até 15 anos de idade, determinando que as apresentações sejam suficientemente precisas, a fim de não induzirem os menores em erro, sempre devidamente

¹³⁸ “(...) organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España. Constituido en 1995 como asociación sin ánimo de lucro, está integrado por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales y su objetivo es trabajar por una publicidad responsable: veraz, legal, honesta y leal”. Disponível em: <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/>, acessado em 24/07/2021.

¹³⁹ Fruto do trabalho entre o La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (Aecosan) com a Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ) e a Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol). Disponível em: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/codigo-de-autorregulacion-C2%A2n-de-la-publicidad-infantil-de-juguetes.pdf>, acessado em 24/07/2021.

identificadas como tais, não podendo em nenhuma hipótese estimular a compra do produto ou serviço sob qualquer meio.

Já na França, não há um código dedicado exclusivamente à publicidade; contudo, seu *Code de Consommation*¹⁴⁰ estabelece o dever de informação pré-contratual (art. L111-1) e a proibição de práticas comerciais desleais, agressivas e enganosas (arts. L121-1 a L121-7). Destaca-se a atenção do legislador em incluir como prática agressiva aquela direcionada à criança a fim de que estas comprem ou requeiram aos seus responsáveis o produto anunciado (art. L121-7).

O Decreto nº 92-280/1992¹⁴¹, que estabelece os princípios gerais em matéria de publicidade, patrocínio e telecompra, em seu art. 7º estabelece a proibição de publicidade destinada a menores que explore sua inexperiência e credulidade, assim como proíbe a publicidade que incite menores a persuadirem seus responsáveis para a compra de determinados produtos ou serviços. Contudo, o decreto é destinado apenas às mensagens veiculadas na televisão (*vide* art. 2º).

Em contrapartida, as atividades de autorregulamentação na França são notoriamente conhecidas e de longa data. A primeira entidade autorregulamentadora foi criada em 1935 – *l'Office de Contrôle des Annonces* – OCA – e tinha como objetivo criar a consciência quanto à emissão de publicidade com conteúdo verdadeiro e leal. Em 1953, a OCA tornou-se o *Bureau de Vérification de la Publicité* – BVP. Em 1970 a entidade emitiu novos estatutos, enunciando o trabalho em prol da publicidade leal, verídica e sadia, congregando interesses dos agentes da publicidade e dos consumidores e, em 2005, o BVP foi então transformado em *Authorité de Régulation Professionnelle de la Publicité* – ARPP¹⁴², responsável pela criação de normas éticas, seu monitoramento e aplicação. A ARPP exerce a análise do conteúdo publicitário em todos os meios de distribuição, com respeito à liberdade de expressão e o direito dos consumidores.

¹⁴⁰ *Code de Consommation*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006069565.pdf&size=1,1%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/06/95/65/LEGITEXT000006069565/LEGITEXT000006069565.pdf&title=Code%20de%20la%20consommation>, acessado em 25/07/2021.

¹⁴¹ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000346165/>, acessado em 25/07/2021.

¹⁴² Disponível em: <https://www.arpp.org/qui-sommes-nous/roles-et-missions/>, acessado em 25/07/2021.

Em 1975, foi publicada a primeira versão de regras deontológicas para publicidade infantil *Recommandation Enfant*¹⁴³, que trouxe o princípio base da identificabilidade, lealdade e importante previsão do dever de não utilizar termos que incitem a compra de produtos para inserção social, ou seja, publicitar a ideia de que a não aquisição de um bem lhe trará impactos negativos, assim como a mensagem publicitária não deve incentivar o fator “amolação” nem publicitar que os produtos estejam ao alcance de todos¹⁴⁴.

Em 2010, foi disponibilizada a primeira versão da *Recommandation Communication Publicitaire Digitale*¹⁴⁵, esculpida também sob os princípios do ICC, em especial o da identificação publicitária, lealdade, veracidade e honestidade; contendo título dedicado à proteção das crianças e adolescentes, com especial menção ao uso de dados pessoais e o incentivo de fazê-lo sob a supervisão de seus responsáveis legais e a recomendação de coleta de informações quanto à idade, para prevenir que crianças e adolescentes tenham contato com conteúdo inadequado.

A previsão de identificação da idade para veiculação de conteúdo inadequado é imprescindível para a efetivação do controle publicitário, posto que, hoje, como demonstrado no capítulo anterior, os *games* apresentam classificação etária quanto à qualidade e característica dos jogos, excluindo por completo o conteúdo publicitário dessa análise, que deveria ser realizada para, de facto, proteger as crianças de conteúdo inadequado em especial dos *advergames*, que são desenvolvidos com foco no público alvo.

O referido código dispõe de enunciados específicos acerca produção de conteúdo em *advergames*, *gamification* e *in-game advertising*, o qual não pode induzir o consumidor a erro e o acesso às disposições legais devem ser facilitadas. E, aquando da utilização de aplicativos gratuitos, a gratuidade deve abarcar todas as suas funções, isto é, caso apresente algum con-

¹⁴³ Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/enfant/>, acessado em 25/07/2021.

¹⁴⁴ 7. ÉDUCATION DU JEUNE CONSOMMATEUR: 7.1 La publicité ne doit pas suggérer que la seule possession ou l'utilisation d'un produit donne à l'enfant un avantage physique, social ou psychologique sur les autres enfants de son âge, ou que la non-possession de ce produit aurait un effet contraire. 7.2 La publicité s'adressant aux enfants ne doit pas susciter un sentiment d'urgence d'achat ou suggérer que cet achat possède un caractère indispensable. 7.3 La publicité ne doit pas induire que le produit présenté se trouve à la portée de tout budget familial ni minimiser son prix en utilisant des termes tels que “seulement”, “juste”, etc.

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/communication-publicitaire-digitale/>, acessado em 25/07/2021.

teúdo pago, tal facto deve ser logo informado. E importante provisão de que a publicidade não pode impedir a jogabilidade dos jogos em vídeo¹⁴⁶. Finalmente, relevante disposição acerca do *behavioral adversing* e *retargeting* e sua proibição para menores de 13 anos¹⁴⁷.

Depreende-se que a autorregulação francesa é mais específica quanto à publicidade em jogos *online*, o que permite maior facilidade fiscalizadora e proibitiva na veiculação de *in-game advertising* e *behavioral advertising* ao público infantil.

Para finalizar, em Portugal, a regulamentação da publicidade encontra-se no Código da Publicidade (CPu), Decreto-Lei 330/90¹⁴⁸, o qual deve ser aplicado a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para sua difusão (art. 3º), mas, sobretudo, explica que a publicidade se consubstancia como qualquer forma de comunicação, cujo objetivo seja promover alguma atividade econômica.

Apresenta conceitos e princípios que regem a publicidade (art. 6º), quais sejam: licitude (art. 7º), identificabilidade (art. 8º e 9º), veracidade (art. 10º e 11º), do respeito pelos direitos do consumidor (arts. 12º e 13º) e (art. 14º) enumera as restrições de conteúdo da publicidade em proteção aos menores.

O referido artigo estabelece que a publicidade dirigida aos menores não pode desconsiderar a vulnerabilidade psicológica, em especial abstendo-se de explorar sua inexperiência e credulidade, incitá-los a persuadir seus pais para compra de bens, elementos que ameacem sua integridade física ou moral, saúde e segurança, explorar sua confiança e proíbe os menores de serem os intervenientes principais das mensagens publicitárias.

Na seção III, das restrições ao objeto da publicidade (arts. 17º a 22º-B), acordam-se normas de proibição de publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco e de material pornográfico em estabelecimentos de ensino e da proibição de qualquer meio de publicidade destinados a menores.

¹⁴⁶ D) CONFORT D'UTILISATION: La publicité insérée dans les jeux vidéo ne saurait en aucun cas nuire à leur jouabilité, notamment en entravant l'accès aux fonctionnalités ou commandes du jeu, ou en diminuant la visibilité des éléments qui le composent.

¹⁴⁷ B) PROTECTION DES ENFANTS ET DES ADOLESCENTS Les professionnels s'interdisent de créer des catégories spécifiques de ciblage publicitaire correspondant aux centres d'intérêt des enfants dont l'âge est inférieur ou égal à 13 ans.

¹⁴⁸ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/122033593/202107041417/73697743/diplomaExpandido>, acessado em 04/07/2021.

Importante destacar as inovações legislativas dos arts. 20º-A e 20º-B¹⁴⁹, que tratam das restrições à publicidade de produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados, estabelecendo a proibição de publicidade direcionada desses produtos aos menores. E importante restrição à publicidade destinada a menores de 16 anos na Internet no tocante a publicidade de alimentos e bebidas de elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados [art. 20º-A, nº 3, c) e d)].

Também o nº 4, f) e g) do citado art. 20º-A enuncia regras específicas para a publicidade dos mesmos gêneros alimentícios e bebidas, ou seja, de baixo valor nutricional, que não pode veicular informações que de seu consumo surtirão benefícios à saúde e se utilizar de desenhos e personagens infantis.

Da análise da legislação portuguesa, logo se nota a importância que o legislador deu à não veiculação de publicidade de produtos alimentícios pobres em nutrientes às crianças e a utilização de desenhos nos referidos anúncios. Tais determinações são de extrema relevância, haja vista os *advergames* desenvolvidos por marcas dessa espécie de produto alimentício, como os trazidos no presente trabalho.

Complementando o ordenamento português quanto à publicidade, o RPCD estabelece o regime 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 serviço¹⁵⁰.

Por fim, o Decreto Lei 7/2004¹⁵¹, em seus arts. 20º e 21º, disciplina as Comunicações publicitárias em rede e *marketing* direto, bem como o dever de informação e identificação dessas comunicações.

¹⁴⁹ Aditado pelo Artigo 2º do/a Lei nº 30/2019 – Diário da República nº 79/2019, Série I de 2019-04-23, em vigor a partir de 2019-06-22.

¹⁵⁰ Transpõe para a ordem jurídica interna portuguesa a Diretiva nº 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, o referido diploma traz disposições acerca da publicidade enganosa.

¹⁵¹ O diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva nº 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre Comércio Eletrónico) bem como o artigo 13º da Diretiva nº 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à Privacidade e às Comunicações Eletrónicas).

No tocante à autorregulamentação em Portugal, destaca-se o ICAP – Autorregulação Publicitária¹⁵², fundada em 1991, cuja missão é a defesa da atividade publicitária, lícita, honesta, verdadeira e leal. Desenvolveu seus próprios controles autorregulatórios, destacando-se o Código de Conduta da Autorregulação Publicitária em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial¹⁵³.

O Código de Autorregulação em matéria de comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigidas a crianças¹⁵⁴ prestigia os princípios da legalidade, veracidade e identificabilidade e regras para a comunicação comercial voltada para as crianças, pessoas com menos de 12 anos de idade, dentre os critérios para considerar tal atividade dirigida a criança: “quando a comunicação é difundida num meio ou suporte publicitário, em períodos, horários, blocos de programação, sessões ou espaços dirigidos a um público maioritário de crianças (audiências médias com um mínimo de 35%)”. Apesar de incluir importante critério da audiência e destinação, o referido raciocínio exclui da aplicabilidade qualquer programação via Internet, de forma indireta, tendo em vista a estipulação de horários para sua consideração.

Para finalizar, é preciso sinalizar que os códigos de autorregulamentação dos países citados – Brasil, Espanha, França e Portugal basearam-se no *Advertising and Marketing Communications Code*¹⁵⁵, desenvolvido pelo ICC¹⁵⁶, podendo-se citar a inclusão dos princípios básicos norteadores das comunicações: a legalidade, decência, honestidade, confiança (art. 1º), transparência e identificabilidade (art. 7º).

¹⁵² Foi fundado, em 1991, sob o nome Instituto Civil da Autodisciplina Publicidade, alterando para, em 2009, Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial, para possibilitar a maior abrangência de sua atuação e modificada novamente, em 2016, para a presente denominação, com fim a aclarar as atividades que executa. Disponível em: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/>, acessado em 28/07/2021.

¹⁵³ Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf, acessado em 24/07/2021.

¹⁵⁴ Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Codigo_Crianças_AlimentosBebidas_v_2018.pdf, acessado em 24/07/2021.

¹⁵⁵ Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, acessado em 25/07/2021.

¹⁵⁶ O ICC é a maior organização empresarial mundial, com mais de 140 países membros, abarcando países da África, América, Ásia, Europa e Oriente Médio. Disponível em: <https://iccwbo.org/>, acessado em 25/07/2021.

Ainda, o referido código do ICC traz especial atenção às crianças (aque-
las de até 12 anos de idade) e adolescentes (pessoas entre 13 e 17 anos), não
devendo a publicidade explorar sua inexperiência e credulidade (art. 18º-2)
e, quanto a coleta de seus dados pessoais, as crianças devem ser encora-
jadas a procurarem consentimento de seus responsáveis para fazê-lo e,
ainda, meios de verificação quanto à existência dessa permissão devem
ser buscados (art. 19º-4).

Do exposto, verifica-se que os princípios enunciados nas legislações dos
diferentes países e em seus códigos de autorregulamentação são iguais ou ao
menos se assemelham sobremaneira, construindo importante norte para o
desenvolvimento da atividade publicitária lícita e fator de extrema relevân-
cia para a proteção da criança no ambiente *online*, possibilitando a real fisca-
lização e repressão às práticas publicitárias inadequadas ao público infantil.

Como o conteúdo dos *advergames* e *advergamings* são veiculados na
Internet, não há um sistema jurídico único ou absoluto de determinado
governo ou autorregulação de entidade privada internacional que o *game*
deve observar, o que na prática a mesma publicidade pode ser proibida
para a criança de determinado país, mas livre no país fronteiriço. Tal fato
demonstra a importância da união entre países do mesmo continente ou
distintos para a construção de um ambiente digital seguro e saudável para
o público infantil.

Assim, passa-se ao estudo dos princípios jurídicos próprios da publi-
cidade.

3.5. PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA PUBLICIDADE: DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA E DA VERACIDADE

Como demonstrado acima, a regulação publicitária é norteada por prin-
cípios que são identificados tanto na legislação brasileira como no orde-
namento internacional. Dessa forma, serão agora tratados, com especial
atenção, os princípios da boa-fé objetiva nas relações de consumo, o prin-
cípio da identificação publicitária e da veracidade.

O princípio da boa-fé objetiva deve estar presente aquando do estabe-
lecimento de relações contratuais, as quais deverão ser construídas sob a
ética, confiança, transparência e boa-fé das partes.

Cabe informar que a boa-fé objetiva foi introduzida na legislação bra-
sileira de forma explícita apenas com o advento do CDC. Primeiro, no art.

4º, III, como princípio geral das relações contratuais de consumo e no art. 51, IV, quando tratou da nulidade das cláusulas contratuais abusivas, que sejam incompatíveis com a boa-fé.

Como princípio norteador das relações contratuais de consumo, este deve ser observado em todas as fases formadoras da relação contratual, seja pré-contratual, durante o contrato, pós-contratual e quando da inexecução contratual.

No que concerne à publicidade, a boa-fé objetiva é observada na fase pré-contratual e, na legislação consumerista, apresenta-se na norma do art. 30, já mencionada, ao estabelecer o dever de informação publicitária e da vinculação do fornecedor para com o produto ou serviço que oferece. De forma complementar, o art. 31¹⁵⁷ prescreve que a oferta deve assegurar informações verdadeiras, corretas e claras quanto ao produto ou serviço veiculado. Aqui, é prescrito o importante direito à informação que rege as relações de consumo, não excluindo a atividade publicitária do dever de agir com transparência e lealdade para com o consumidor.

Depreende-se, então, que a boa-fé objetiva no tocante à publicidade é cumprida quando a mensagem publicitária é realizada de forma clara, informativa e transparente. Deve haver lealdade do fornecedor para com a informação posta no mercado de consumo, ou seja, a publicidade não pode ser enganosa por omissão ou oculta¹⁵⁸, deve logo ser identificada pelo consumidor de forma imediata e adaptada quando diante do consumidor criança.

A adequação deve ocorrer à linguagem infantil para restabelecer o equilíbrio contratual com a pessoa hipervulnerável¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

¹⁵⁸ “Tais anúncios, porém, devem ser leais, transparentes, permeados de boa-fé. O CDC é especialmente incisivo ao proteger o consumidor contra os eventuais efeitos nocivos da publicidade. Aliás, dentro os direitos básicos do consumidor está “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. BRAGA NETO, Felipe P. Manual de Direito do Consumidor. 11ª ed. JusPodivm, Salvador, 2016, p. 335.

¹⁵⁹ BROKAMP, Elys Gonçalves da Cunha. A necessidade de proteção da criança diante do mercado de consumo: conflito entre liberdade e intervenção. Temas de Direito do Consumidor. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 173.

Como mencionado acima, o princípio da identificabilidade está atrelado à boa-fé contratual, sendo de grande relevância na atividade publicitária lícita, por ser princípio norteador de inúmeros ordenamentos jurídicos e códigos de conduta, como anteriormente assinalado.

O princípio da identificação da mensagem publicitária estabelece que toda mensagem publicitária deve ser identificada pelo consumidor de forma imediata, clara e sem grandes esforços, isto é, o consumidor não deve ficar em dúvida se a mensagem veiculada nos meios de comunicação apresenta conteúdo publicitário ou não, independentemente de seu nível intelectual ou autoconhecimento¹⁶⁰.

O princípio em estudo foi convencionado no regramento brasileiro no art. 36 do CDC e no art. 28 do CBAP. No âmbito da União Europeia, o princípio é encontrado na Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art. 10, onde foi consignada a facilidade de identificabilidade das publicidades televisivas e televenda, proibindo o uso de técnicas subliminares e a publicidade clandestina¹⁶¹.

Também a Diretiva 2010/13 do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art. 19, nº 1, disciplina que a publicidade televisiva deve ser reconhecida facilmente e ter conteúdo distinto do restante da programação. Cita-se também o Código da ICC e o ordenamento estatal espanhol e português, os quais igualmente prelecionam o dever da identificação publicitária.

O princípio da identificação publicitária visa coibir a publicidade subliminar, que é a “que tem por finalidade persuadir o consumidor com relação às qualidades de determinado produto ou serviço, por intermédio de estímulos ao estado consciente ou inconsciente dos consumidores, de modo imperceptível pelos seus destinatários”, como explica BRUNO MIRAGEM¹⁶².

Tal categoria também foi disciplinada no CPu de Portugal, em seu art. 9º, nº 3: “considera-se publicidade subliminar, para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”.

¹⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016. p. 266.

¹⁶¹ A Diretiva alterou a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros.

¹⁶² MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016. p. 274.

O objetivo do princípio da identificação publicitária é evitar a publicação de mensagem publicitária clandestina e oculta, que cabe agora explicar. A publicidade clandestina consiste na inserção de uso de produtos e serviços em filmes, programas de televisão e vídeos em redes sociais onde o produto é projetado no veículo de forma natural através de sua utilização pelos personagens dos meios de comunicação¹⁶³. Por outro lado, a publicidade oculta revela-se quando o consumidor não é capaz de distinguir se o conteúdo veiculado é meramente informativo ou publicitário¹⁶⁴, publicidade esta proibida pela CRP, em seu art. 60º, nº 2: “a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”¹⁶⁵.

Nota-se a relevância do princípio da identificação publicitária, disciplinado em diversos países, na importância da veiculação de anúncios de fácil compreensão, entendimento e distinção de outras mensagens, constituindo verdadeiro dever para com o consumidor não incorrer em erro diante de uma mensagem publicitária; trata-se de nítido desdobramento do princípio da boa-fé.

Assim, é possível concluir que as mensagens publicitárias veiculadas em *games online* e ou o próprio *advergame* podem ser consideradas mensagens publicitárias clandestinas e ocultas.

Primeiro, clandestina já que o produto é ali exposto de forma natural pelo personagem do jogo, usado para realização de apelo ao consumidor. E, oculta, porque diante do consumidor criança, tendo em vista sua condição de hipervulnerável, não tem discernimento para diferenciar o conteúdo que lhe é ofertado ao brincar, se publicidade ou não, a depender de sua idade, como já explanado.

Entretanto, como bem explicado, a publicidade é atividade econômica importante para a difusão de marcas, mercadorias e serviços. E, por essa razão, seu conteúdo sempre será carregado de viés a promover o referido bem no mercado de consumo. Contudo, para realizar tais atividades, a publicidade não pode promover informações falsas, inverídicas e/ou mentirosas.

¹⁶³ CAVALLIERI, Sergio Filho. Programa de Direito do Consumidor, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2019, pp. 154-155.

¹⁶⁴ CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Publicità Occulta e product placement*, Padova: Cedam, 2004, p. 13.

¹⁶⁵ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202107312048/73938583/diploma/indice>, acessado em 31/07/2021.

Como explica ANA CLARA AZEVEDO AMORIM, “o acesso limitado à informação que dominou quase todo o século XX determinou ainda a centralidade da publicidade enganosa no regime jurídico das práticas comerciais desleais. Assim, importa sobretudo garantir a conformidade dos produtos promovidos com o conteúdo dos anúncios, procurando evitar a falta de correspondência entre a mensagem e a realidade da oferta, suscetível de lesar os interesses económicos dos consumidores. A informação permite assegurar a racionalidade das transações comerciais, desenvolvida pelas teorias económicas neoclássicas”¹⁶⁶.

O primordial objetivo é evitar que o consumidor seja lesado por eventual má informação ou falta dela, a lealdade e o respeito para com o consumidor deve estar presente em todas as fases do contrato, inclusive na fase pré-contratual, na qual se encontra a publicidade.

Na legislação, o art. 36 do CDC, além de estabelecer o princípio da identificação publicitária, também prescreve o dever da veracidade em seu parágrafo único, princípio também previsto na legislação portuguesa, no art. 10º do CPu¹⁶⁷.

Compreende-se que o princípio da veracidade não apenas explicita o princípio da boa-fé e o dever de lealdade contratual em sua fase pré-contratual, mas o dever de informar e receber a informação correta é direito do consumidor, direito este que não pode se perder nas mensagens publicitárias.

Ainda de extrema relevância quando se trata de conteúdo publicitário direcionado ao público infantil, que, como sabido e mencionado, não detém total desenvolvimento intelectual e pode ser induzido a erro pela atividade publicitária. Isto posto, a publicidade que apresenta conteúdo com informações inverídicas é ilícita, por ser enganosa, conforme art. 37, §1º do CDC, e caracteriza-se de forma objetiva, ou seja, não há análise de culpa ou dolo no caso concreto¹⁶⁸.

¹⁶⁶ AMORIM, A. Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparadas de direito luso-brasileiro, *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, nº 2, outubro de 2019, pp. 153-176, p. 159.

¹⁶⁷ Art. 10: Princípio da veracidade 1 – A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos. 2 – As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 275.

3.6. DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

Em decorrência do princípio da veracidade, que visa proteger o consumidor de informações falsas e inverídicas, o art. 37 § 1º do CDC disciplinou a proibição da publicidade enganosa, que é “(...) 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”.

A Diretiva 2005/29/CE, mencionada anteriormente, além de proibir práticas comerciais desleais, em seu art. 6, nº 1, conceitua práticas comerciais enganosas, que são aquelas que apresentam alguma informação falsa, ainda que apresente outras informações verdadeiras, mas que seja suscetível de levar o consumidor a erro ou que o conduza a tomada de decisões que não teria realizado de outra forma.

E de maneira mais precisa, a Diretiva 2006/114/CE elenca elementos cuja ausência pode caracterizar a publicidade como enganosa: a composição do produto veiculado, preço, modo de usar, qualidades e direitos do anunciador¹⁶⁹.

Na mesma Diretiva, em seu art. 7º é conceituada a prática comercial enganosa por omissão, que se caracteriza pela ausência de informação relevante e substancial, informação essa que influencia na decisão do consumidor quanto à aquisição ou uso de determinado produto ou serviço, que sem ela não o teria feito.

Na legislação portuguesa, a proibição de prática da publicidade enganosa, encontra-se o art. 11º do CPu¹⁷⁰. Na doutrina, cabe trazer a explicação

¹⁶⁹ Art.3. Para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.

¹⁷⁰ Art. 11 Princípio da Enganosidade: 1 – É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais

de AMORIM acerca do caráter enganoso nas práticas comerciais: “o engano dos consumidores pode resultar, desde logo, da falsidade das afirmações, de natureza objetiva, que traduz a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem e a realidade da oferta. Mas pode resultar também da indução em erro, de conteúdo subjetivo, que coincide com a inexatidão da convicção dos destinatários ou das suas fundadas expectativas face ao anúncio”¹⁷¹. Depreende-se que a indução ao erro é a característica principal da publicidade enganosa, seja no tocante a sua qualidade, quantidade ou utilidade. Na mesma linha, o art. 3º do RPCD conceitua práticas comerciais que buscam distorcer substancialmente o comportamento econômico dos consumidores, que, se estivessem munidos de informações claras, decidiriam de outra forma.

Assim, é possível classificar a publicidade enganosa em duas espécies: enganosa por ação e por omissão. A primeira ocorre quando a mensagem veicula informações inverídicas quanto ao serviço ou produto propagado. Já na publicidade por omissão, há ausência de informação relevante acerca do produto ou serviço veiculado, relevância essa entendida no seu grau de essencialidade para a aquisição ou não do produto pelo consumidor¹⁷².

Destarte, tanto o diploma brasileiro como o português e a Diretiva da União Europeia primam pela veiculação de informação que condiga com a verdade do produto ou serviço a ser veiculado, com o intuito de não levar a erro o consumidor. Com o objetivo de evitar a criação de expectativas falsas quanto ao que se dá publicidade, direito à informação esse elevado a direito fundamental na constituição portuguesa, conforme ao art. 60º/1¹⁷³.

Frise-se que, para aferir o grau de enganiosidade de uma mensagem publicitária, é necessário verificar quem é o destinatário desse anúncio –

das empresas nas relações com os consumidores. 2 – No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respetivos processos de contraordenação exigir que o anunciante apresente provas da exatidão material dos dados de facto contidos na publicidade. 3 – Os dados referidos no número anterior presumem-se inexatos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.

¹⁷¹ AMORIM, A. Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparadas de direito luso-brasileiro, *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 11, nº 2, outubro de 2019 pp. 153-176, p. 167.

¹⁷² CAVALLIERI, Sergio Filho. *Programa de Direito do Consumidor*, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2019, pp. 154-155, p. 158.

¹⁷³ 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

se o consumidor alvo em questão consegue distinguir as mensagens fantasiosas e lúdicas, por exemplo, que poderão ou não o levar ao engano. Assim, a identificação e qualificação de uma publicidade como enganosa no que toca ao público infantil deve seguir critérios diferentes em comparação com público adulto¹⁷⁴.

Dessa feita, como demonstrado no capítulo II, os *advergames* e os jogos que anunciam conteúdos de *advergaming*s muitas vezes informam que apresentam conteúdo publicitário no decorrer das atividades do *game*, o que, a princípio, faz cumprir com o direito e dever à informação. Porém, deve ser realizada a análise da compreensão de tal mensagem publicitária para o público-alvo do *game* e não apenas pelo consumidor adulto, pois muitas vezes a veiculação da referida mensagem não é integralmente compreendida pelo público infantil.

Por fim, o princípio da não abusividade nas relações de consumo é de suma importância para o presente trabalho, haja vista que uma de suas vertentes de proteção é o conteúdo publicitário que se aproveite de condição especial de fragilidade do consumidor criança.

O art. 37, § 2º do CDC explica, de forma não exaustiva e passível de vasta flexibilidade, as possibilidades de publicidade abusiva: “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 segurança”.

Assim, nota-se o caráter exemplificativo trazido pelo legislador quando utiliza da expressão “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza”, com fito a aplicar como cláusula geral a não abusividade na prática publicitária e a análise de cada caso para a verificação ou não de publicidade abusiva. Entretanto, em que pese o conceito jurídico amplo e indeterminado da abusividade, esta é verificada quando presentes ofensas a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais¹⁷⁵.

Ainda, o art. 23 do CBAP também trata da proibição do uso abusivo da publicidade, quando se aproveita da confiança, da experiência ou de conhe-

¹⁷⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do marketing, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 214.

¹⁷⁵ CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Direito do Consumidor, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2019, pp. 161-162.

cimento do consumidor. Isto é, aquela que se aproveita da vulnerabilidade agravada de determinados grupos de consumidores, como as crianças¹⁷⁶.

No âmbito da União Europeia, o princípio da não abusividade também é verificado na Diretiva 2007/65/CE no vigente artigo 3º-E, item 1. (c), que proíbe a comunicação audiovisual oculta.

Do exposto, conclui-se que a caracterização da abusividade de uma mensagem publicitária ocorre quando há violação de valores daquela sociedade e também quando há exploração da inexperiência do consumidor ou que possa prejudicar sua saúde e segurança.

Foi nesse sentido que o STJ, em recente decisão, declarou como abusiva a publicidade de alimentos que seja direcionada de forma explícita ou implícita às crianças¹⁷⁷. O Tribunal levou em consideração os altos índices de obesidade infantil das crianças brasileiras, como um grave problema nacional e de saúde pública, que de facto é.

Além disso, apesar das crianças não executarem o ato de compra, cabendo as escolhas de compra ou não aos pais, aquelas exercem forte influência de decisão sobre estes, como já explicado na presente dissertação.

Isto posto, além das considerações legislativas já apontadas, o referido entendimento jurisprudencial fortalece a proteção do público infantil quanto às publicidades abusivas, facilmente encontradas em *advergames*, como os colacionados no presente trabalho, visto que, mesmo ao cumprir com o dever da informação, utilizam-se da credulidade e falta de experiência do público-alvo para emanarem mensagem publicitária e do fator influência que exercem sobre seus pais e responsáveis na realização das compras de família.

¹⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. Bruno Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 278.

¹⁷⁷ Informativo de Jurisprudência nº 679, publicado em 09/10/2020. STJ – Recurso Especial – Resp 1613561/SP. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=017804>, acessado em 26/08/2021.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a utilização de técnicas de *advergaming* e da criação de *advergames* por meio dos jogos *free to play* de classificação livre, isto é, jogos acessíveis por plataformas digitais, para todas as idades e de forma gratuita, contudo destinados especialmente às crianças.

Notou-se o respeito à classificação indicativa para a veiculação do jogo, mas não a mesma atenção para com a publicidade veiculada nesses.

Assim, o tema foi escolhido devido à problemática regulatória em volta da atividade publicitária, em especial a digital, direcionada ao público infantil, sendo analisada a licitude e permissibilidade de tais práticas dirigidas às crianças, ser humano caracterizado por sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo.

Foi estudado o modo que a publicidade atinge esse público e o influencia e como o Estado e a sociedade protegem a criança dos excessos do mercado consumidor.

Para tanto, o primeiro capítulo abordou a construção da sociedade de consumo até a fase do hiperconsumo, a qual foi forjada sob os ditames da produção em massa e dos avanços tecnológicos na indústria e nos meios de transporte, associados com o fortalecimento da classe trabalhadora que agora tem acesso a bens essenciais e não essenciais, somada à publicidade, peça elementar para a difusão e manutenção da sociedade atual, pois, além de comunicar a existência de novos produtos e serviços, cria o sentimento de necessidade de consumo através de apelos acerca da funcionalidade do produto, depois como modo de pertencimento social e, por fim, como alcance da felicidade individual.

No mesmo capítulo, foi descrito como a aquisição e conquista de bens materiais foi transformada em via de atingir felicidade e, muitas vezes, pretenso maneira de inclusão social, facto que constituiu, e ainda constitui, elemento essencial e *modus operandi* da sociedade capitalista, com especial desenvolvimento no pós 2ª Guerra Mundial.

Posteriormente, foi abordada a criança como personagem central de inúmeras comunicações comerciais, desde a publicidade na televisão, que atingiu seu auge entre as décadas de 70 e 90, sua transição para o meio *online* e como as transformações no seio familiar, a começar pela inserção da mulher no mercado de trabalho, a formação de famílias monoparentais, possibilitaram o aumento de horas em frente à tela primeiro da televisão e hoje em tablets, consoles, *smartphones* e computadores em simultâneo com o aumento de renda e o crescente direcionamento da publicidade para o público infantil.

Posto isso, no segundo capítulo foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o *advergaming* como nova técnica de produção publicitária voltada aos infantes através dos jogos *online* F2P, nos quais as marcas expõem seus produtos sob diversas formas. Seja através de *banners* e anúncios no decorrer dos jogos, que podem ser interativos ou não (*in-game advertising*) ou por meio de inserção de publicidade entre fases (*around game advertising*), em que o jogador é compelido a assistir conteúdos publicitários para adquirir melhores resultados nos jogos em conjunto com a coleta de informações dos jogadores, através de respostas às perguntas como idade, geolocalização e preferências (*behavoring advertising*).

E, por fim, foi analisado o *advergame*, que não é apenas uma ferramenta nova da publicidade, mas também *game* criado especialmente para determinada marca para realizar publicidade dela, de um determinado produto e/ou evento. Logo, todas as ações do jogo trabalham em torno do produto anunciado e, para tanto, utilizam-se de animações e personagens. Constituindo o produto veiculado parte central do entretenimento, sua exclusão do *game* acaba por retirar a vida do jogo.

Da nova técnica de publicidade através dos jogos F2P, verificou-se que muito além da difusão de produtos e serviços, essa estratégia visa criar necessidades de consumo por mecanismos lúdicos, nos quais o brincar e o absorver conteúdo publicitário se confundem, criando-se uma ligação sentimental entre a criança e a marca.

Dessa forma, a introdução da publicidade é realizada sem que os infantes tenham conhecimento sobre o que é conteúdo publicitário. Isto por-

que, a compreensão de material publicitário por crianças é absorvida de forma diferente a depender da idade e do conteúdo transmitido. Foi comprovado que, até os oito anos de idade, esse público não consegue de facto entender a intenção persuasiva que a publicidade tem.

Em especial nas técnicas do *advergame*, nos anúncios há mescla de informação e publicidade, a qual não é compreendida pelas crianças. Além disso, elas têm dificuldade em identificar e diferenciar a verdade do irreal, enquanto absorvem profundamente o conteúdo publicitário, podendo inclusive, a depender do produto veiculado, gerar sentimento de fracasso por não terem acesso e meios para obter determinado bem¹⁷⁸. Isto porque o estímulo tão precoce leva o consumidor infantil aos mesmos comportamentos e sentimentos de insatisfação permanente de seus pais, especialmente as crianças da geração Z (nascidas a partir da segunda metade da década de 90)¹⁷⁹, que já nasceram em um ambiente extremamente tecnológico, o que contribui para o recebimento de estímulos a todo momento, criando nelas, desde muito cedo, a sede pelo conhecimento tecnológico e a inserção no mercado de consumo.

Devido a todo esse estímulo, a criança é muitas vezes exposta a conteúdos impróprios para sua idade e hábitos de consumo são alterados sobremaneira, sem respeitar sua idade de desenvolvimento. Nesse sentido, foram demonstrados os prejuízos da introdução da publicidade para pessoas em pleno desenvolvimento, desde o aumento da obesidade infantil, pelo consumo de alimentos não nutritivos, mas também pelo aumento do sedentarismo.

Da exposição à erotização precoce e do estímulo à obtenção do ter o que não podem ter, verifica-se uma exposição demasiada das diferenças sociais, induzindo menores a práticas de atos infracionais para a busca de bens materiais não essenciais e a disposição de coleta de dados pessoais, de forma não supervisionada por seus pais e responsáveis.

Então, diante da crescente exposição mercadológica e dos malefícios advindos dela, se fez necessário o desenvolvimento da proteção integral da criança também contra práticas desleais, que se utilizam de sua pouca

¹⁷⁸ PELLICER JORDÁ, Ma Teresa, *La publicidad infantil. ¿Que vende la luna? En Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. Razón y Palabra*. Julho 2011, p. 5.

¹⁷⁹ GUERRA, Raísa. Até que ponto a tecnologia faz mal na infância Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/estilo-de-vida/32723-ate-que-ponto-a-tecnologia-faz-mal-na-infancia-.htm>, acessado em 09/06/2021.

experiência e credulidade para proveito econômico. E beneficiam-se de sua qualidade de consumidor hipervulnerável, ou seja, a vulnerabilidade presente nas relações de consumo é agravada quando se trata do consumidor infantil que não tem plena capacidade de compreender e distinguir todos os sinais que o mercado propaga.

Por isso, as legislações e convenções também se desenvolveram para proteger especialmente essa categoria de pessoas. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabeleceu o dever prioritário absoluto do Estado em prol das crianças e o recente Comentário nº 25 da ONU, de 2021, ratifica a proteção da criança no meio digital, devendo a proteção integral também ser observada na sua exposição à publicidade, tendo enaltecido o dever de identificabilidade do conteúdo e das decorrências não positivas do processamento de dados pessoais, bem como proibido a publicidade que se baseia em coleta de dados direcionada às crianças de todas as idades.

Isto posto, foi desenvolvida uma análise sob o arcabouço legal e de códigos de conduta que norteiam toda a atividade publicitária no Brasil e, em especial, em Espanha, França e Portugal.

Entretanto, como explanado, a publicidade é atividade protegida sob o manto da CF/BR como direito fundamental, devido à sua importante função difusora de informação, de meio de expressão da liberdade criativa e artística somada ao desenvolvimento econômico e geradora de empregos.

Porém, tais direitos não são absolutos e, para que seu exercício seja lícito e ético, deve observar também os direitos do consumidor, da criança e princípios norteadores da publicidade. Por isso, faz-se necessário sopesar os dois direitos, sem esquecer, sobretudo, que a proteção integral da criança é dever do Estado e de toda a sociedade.

As legislações nacionais, internacionais e seus códigos de conduta estudados aqui demonstram a preocupação com a publicidade direcionada ao público criança, devido à sua vulnerabilidade agravada, que pode ser utilizada para emissão de publicidade que se aproveite de seu desenvolvimento não completo e de sua credulidade.

Destacando-se os princípios da boa-fé, da identificabilidade e da veracidade, estes devem estar presentes em todas as formas de transmissão publicitária e esta necessita se adequar segundo o público-alvo, ou seja, quando endereçada à criança deve ser de fácil compreensão e adequada ao seu conhecimento e desenvolvimento intelectual.

Também para proteção desse público, as legislações e códigos enunciam a impossibilidade de utilização de algumas ferramentas como desenhos, personagens, qualquer intuito discriminatório e estímulo ao incitamento para compra aos pais, bem como frisam que os pais e/ou responsáveis devem supervisioná-los quando o compartilhamento de dados pessoais é requerido.

Contudo, necessário se fazer uma nota quanto ao incitamento para compras aos pais, que atualmente já não ocorre de forma expressa por meio do “peça para seus pais”, já que, conforme demonstrado, a publicidade alcança e toca seu público através de técnicas que envolvem desenvolvimento de sentimento pela marca ou pelo produto, necessidade de consumo e, no caso do *advergame*, há reunião de entretenimento e publicidade, podendo ocorrer, como nos *advergaming*s, utilizando-se do fator “amolação” para obter esse incitamento.

Ademais, em que pese aqui a boa intenção de estimular a supervisão dos pais e responsáveis para quando do requerimento de compartilhamento de dados pelos *games*, tal disposição é ato de difícil implementação, pois os pais não estão a todo momento com seus filhos, como já abordado, e ainda, quando se trata de *games* de acesso livre, muitas crianças não sabem ler ou não compreendem de forma completa a mensagem.

Assinalou-se também a preocupação do legislador europeu e seus códigos de autorregulamentação acerca da publicidade de determinados produtos alimentícios ricos em gordura, ácidos gordos trans, sal/sódio e açúcares, inclusive proibindo a publicidade direta destes¹⁸⁰, o que demonstra preocupação com o aumento da obesidade infantil.

Atenção esta também verificada no Brasil, com a proibição da publicidade direta ou indireta de alimentos às crianças, estabelecida em jurisprudência pelo STJ.

Examinou-se, outrossim, nas diretivas a delimitação de horários de transmissão e conteúdo não violento, agressivo ou que estimulasse estigmas. Entretanto, apesar das boas regras quanto à proibição do conteúdo, a fixação de horário fica restrita apenas às mensagens veiculadas na televisão, não existindo efetividade quando diante da Internet, cujo conteúdo fica disponível 24 horas por dia.

¹⁸⁰ O álcool e a nicotina são produtos em que a publicidade direcionada à criança também é proibida. Contudo, por serem produtos cuja venda também é proibida às crianças, não foi incluída nesse rol em específico, pois o estudo foi feito com base em produtos que crianças podem consumir.

Por outro lado, destaca-se a lei espanhola, que proíbe o tratamento de dados de menores de 14 anos, sem o consentimento de pais e tutores, bem como proíbe a obtenção de informações através dos menores de outros membros da família. E, na França, onde há relevante disposição acerca do *behavioral adversing* e *retargeting* e sua proibição para menores de 13 anos.

Por fim, os códigos de conduta dos mesmos países enunciam o *advergaming* e *advergaming* como formas publicitárias, devendo se adequar aos códigos e leis em vigor, ou seja, por aqui depreende-se que as formas de *advergaming*: *in game advertising*, *around game advertising* e *behavioring advertising* não estariam cumprindo com os enunciados acima.

No tocante ainda às proibições, destaca-se, no Brasil, a Resolução nº 163 de 2014 do CONANDA, a qual sofre grande pressão da indústria para sua não aplicabilidade, posto que proíbe todas as formas de publicidade direcionada à criança, amparada pela legislação seja nacional – ECA, Lei da Primeira Infância, CF/BR e CDC, como pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, mas também pelos comprovados desdobramentos negativos dos excessos à exposição mercadológica ao público infantil, como sublinhado acima.

Do exposto, conclui-se que os ordenamentos estudados se preocupam com a exposição da criança a determinados produtos, como os alimentos não nutritivos e com compartilhamento de dados sem vigilância dos pais. Em alguns casos até o proíbem. No entanto, não há mais outras considerações específicas do setor, o que permite um mercado amplo a ser explorado.

Não obstante, em que pese a ausência de outras regras específicas quanto ao *advergaming* ou mesmo a proibição de forma total de publicidade direcionadas às crianças, o direito do consumidor, em conjunto com o direito da publicidade, são regidos por princípios que devem ser refletidos na mensagem publicitária.

Destaca-se aqui o princípio da identificabilidade, que, muitas vezes, está ausente das peças publicitárias, tornando-se clandestinas e, por vezes, também ocultas, características que podem ser encontradas no *advergaming* e na modalidade *in-game advertising*.

A clandestinidade advém da exposição do produto de forma natural pelo personagem do jogo, usado para realização de apelo ao consumidor. E oculta porque o consumidor criança hipervulnerável não tem discernimento para diferenciar o conteúdo que lhe é ofertado ao brincar, se publicidade ou não, a depender de sua idade, como já explanado.

A abusividade, por sua vez, é constatada visto que, mesmo ao cumprir com o dever da informação, utilizam-se da credulidade e falta de experiência do público-alvo para emanarem mensagem publicitária, facto que pode ser verificado da análise do *advergaming* e do *advergame*.

De todo o estudo, conclui-se que o primeiro passo de proteção da criança seria identificar o *game* como *advergame* e tratá-lo como tal. Isto é, não meramente um jogo que deve respeitar as faixas etárias estabelecidas para os *games*, mas observar simultaneamente as regras da publicidade.

Entretanto, a criação de regras regulatórias não é suficiente quando não há fiscalização e consequente aplicabilidade. Tais atos não podem ficar atrelados exclusivamente ao Estado, como já discorrido, uma vez que o dever de proteção integral pertence a toda a coletividade.

Assim, cabe aos pais a vigilância e o exercício do pátrio poder e da educação para o consumo consciente e suas consequências e, de grande relevância, a atuação da sociedade e dos entes privados na proteção integral.

Aqui, vale destacar o compromisso europeu pela mudança na forma de se realizar publicidade de alimentos direcionados para crianças, o *The EU Pledge*¹⁸¹, que uniu 23 empresas que representam 80% do mercado de publicidade de alimentos na União Europeia. Algumas delas se comprometeram a não realizar nenhuma publicidade direcionada para menores de 12 anos. Há também compromissos individuais em alguns países como Bélgica, Portugal e Suíça.

Em 2016, no Brasil, 11 empresas do setor alimentício e de bebidas não alcoólicas assinaram o Compromisso pela Publicidade Responsável para Crianças. Dentre as diretrizes, está a restrição de publicidade, cuja audiência infantil compõe 35% ou mais de público abaixo de 12 anos¹⁸². E, em 2020, a Mercur¹⁸³ assinou um compromisso público pelo fim do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica para a criança.

Contudo, mais uma vez, para o alcance efetivo dessas medidas, faz-se necessária verdadeira fiscalização, seja através dos órgãos do Estado, como Ministério Público, seja através das agências de autorregulação publicitária.

¹⁸¹ Disponível em: <https://eu-pledge.eu/the-eu-pledge-at-a-glance/>, acessado em 08/08/2021.

¹⁸² Disponível em: <http://www.publicidaderesponsavel.com.br/>, acessado em 08/08/2021.

¹⁸³ Disponível em: https://storage.googleapis.com/wordpress-media-mercur/2020/09/aabf2604-guia_jeito_mercur_de_se_relacionar_com_publico_infantil.pdf, acessado em 08/08/2021.

Conclui-se, portanto, que apenas a união do Estado, da sociedade civil, da família e dos entes do setor privado poderá, de facto, tornar o ambiente digital, em especial o entretenimento através de *games*, mais seguro e saudável para as presentes e futuras gerações de crianças.

REFERÊNCIAS

Bibliografia, Monografias e Artigos de Periódicos

- ALLEN, Paula. “Welcoming Y.” Benefits Canada, 2004. Nº 28, V. 9, 51-53.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Introdução ao Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1998.
- AMORIM, A. *Obsolescência programada e proteção dos consumidores: abordagem comparadas de direito luso-brasileiro*, Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 11, nº 2, pp. 153-176, outubro de 2019.
- Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Disponível em: <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/>, acessado em 24/07/2021.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Ed: Zahar, 2012, Apple Books. Pp. 138-139. Isbn:978-85-378-0860-3.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, 1994.
- BIAGGIO, Angela M. Brasil. *Psicologia de desenvolvimento*. 24ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- BRAGA NETO, Felipe P. Manual de Direito do Consumidor. 11ª ed., JusPodivm, Salvador, 2016.
- BRITO, Igor Rodrigues de. Proteção dos Direitos Fundamentais da criança na sociedade de consumo e o controle da atividade publicitária no Brasil. 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136456.pdf>, acessado em 13/06/2021.
- BROKAMP, Elys Gonçalves da Cunha. A necessidade de proteção da criança diante do mercado de consumo: conflito entre liberdade e intervenção. Temas de Direito do Consumidor. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. *Pubblicità Occulta e product placement*, Padova: Cedam, 2004.
- CARVALHO, Marcio Mamede Bastos de e W. Steinmetz. A proteção da criança e a criação de subjetividades comprometidas com o meio ambiente ecologicamente equilibrado frente ao discurso publicitário orientado ao hiperconsumo. Revista Direitos Culturais – RDC Vinculada ao PPGD URI, Campus Santo Ângelo/RS ISSN 2177-1499 – Vol. 10 – no 22/2015 – p. 81-97.

- CAVALLIERI, Sergio Filho. Programa de Direito do Consumidor, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2019.
- CHANG, Y., Yan, J., ZHANG, J., & Luo, J. *Online in-game Advertising Effect: Examining the Influence of a Match between Games and Advertising*, Journal of Interactive Advertising, 11(1), 63-73, 2010.
- CRAVEIRO, Pâmela SAUNDERS, Uchôa e PELLÓN, Daniel Martí. Exposição infantil à publicidade em sites de jogos do Brasil e da Espanha. comun. mídia consumo, São Paulo, v. 12, n. 34, pp. 67-88, maio/ago. 2015.
- CHILD RIGHTS AND ONLINE GAMING: OPPORTUNITIES & CHALLENGES FOR CHILDREN AND THE INDUSTRY. Disponível em: https://www.unicefirc.org/files/upload/documents/UNICEF_CRBDigitalWorldSeriesOnline_Gaming.pdf, p. 5. Acessado em 17/5/2021.
- Compromisso pela Publicidade Responsável para Crianças. Disponível em: <http://www.publicidaderesponsavel.com.br/>, acessado em 08/08/2021.
- CONICK, Hal. *Game apps are the latest battleground in child advertising*. American Marketing Association. Disponível em: <https://www.ama.org/marketing-news/game-apps-are-the-latest-battleground-in-child-advertising/>, acessado em 28/01/2020.
- DE LA HERA, Teresa, Digital Gaming and the Advertising Landscape. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2019. DOI 10.5117/9789462987159_CH03.
- DENSA, Roberta. Proteção Jurídica da criança consumidora: entretenimento-classificação indicativa-filmes-jogos-jogos eletrônicos. Foco: Indaiatuba/São Paulo, 2018.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/isponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/publico/Tese_Doutorado_Lucia_A_L_M_Dias_04_02_2010.pdf, acessado em 15/04/2021.
- HEIDE, J., & Nørholm Just, S. 'Playful persuasion. The Rhetorical Potential of Advergames', *Nordicom Review*, 30(2), 2009.
- JENKINS, Henry. Cultura da convergência. São Paulo: Aleph, 2009.
- LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de Hiperconsumo. tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, Bruno. Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- MARTÍ, J.; CURRÁS, R. y SÁNCHEZ, I.: "Nuevas fórmulas publicitarias: los advergamos como herramienta de las comunicaciones de marketing", *Cuadernos de Gestión*, Vol. 12 - Nº 2, 2012, pp. 43-58. DOI: 10.5295/cdg.100236jm.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. Projeto Criança e Consumo. A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança (Conanda). Instituto Alana, São Paulo, 2014. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf, acessado em 13/06/2021.

- NEIL, Postmann. O desaparecimento da Infância. Tradução: Susana de Alencar Menescal Carvalho e José Laurênio de Melo, Editora Graphia, Rio de Janeiro 1999.
- NOGUERO, Alfonso Méndiz. *Advergaming: Concepto, Tipología, Estrategias y Evolución Histórica*. *Revista de Comunicación y nuevas tecnologías*. Revista Icono, Madrid, Espanha, 2010, nº 15, pp. 37-58. ISSN 1697-8293.
- PARREÑO, José Martí. *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2013.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Publicidade para as crianças: liberar, proibir ou regular?”, *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 116, ano 27. Ed. RT, São Paulo mar-abr. 2018.
- PELLICER JORDÁ, Ma Teresa, “La publicidad infantil. ¿Que vende la luna?” *Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. Razón y Palabra*. Julho 2011.
- PORTO, Renato. Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente. Saraiva: São Paulo. 2014.
- RUIZ, DAVID S. *El videojuego como herramienta de comunicación publicitaria: una aproximación al concepto de advergaming*, Comunicación, Universidade de Sevilla, 1(7), 2009. ISSN 1989 – 600 X.
- SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do marketing, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- SCHIMITT, Cristiano Heineck. Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHOR, Juliet B. *Born to Buy*, Scribner, New York, 2004. ISBN-13:978-1-4391-2090-2.
- SCOLARI, Carlos A. (ed.) (2013). *Homo Videoludens 2.0. De Pacman a la gamification*. Col·lecció Transmedia XXI. Laboratori de Mitjans Interactius. Universitat de Barcelona. Barcelona.
- STRASSER, Szan, *Satisfaction guaranteed. The making of the American Mass Market*, Pantheon Book, Nova York, 1989.
- TOSCANI, Oliviero. *A publicidade é um cadáver que nos sorri*. Tradução Luiz Cavalcanti de M. Guerra. Ediouro, Rio de Janeiro, 1996.
- TORRES, Cláudio. *A Bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. Novatec, São Paulo, 2009.
- TOWNSEND *apud* DUARTE, Ana. *Adopção da In game Advertising em Portugal*. Dissertação (Mestrado em Marketing Management), Instituto Universitário de Lisboa. Lisboa. 2009.
- UNICEF. História dos direitos da criança. Disponível em: WWW:<URL: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>>, acessado em 17/07/2021.
- VEDRASHKO *apud* MEDEIROS, J. F. *Advergaming: A publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor*. In: VIII Brazilian Symposium on Games and Digital Entertainment – Rio de Janeiro, 2009.
- VIVARTA, Vett. Direitos da infância e direito à comunicação: fortalecendo convergências nos marcos legais e nas políticas públicas. Brasília, DF: ANDI, 2013. ISBN: 958-85-63200-00-0.

Sítio de notícias e relatórios *online*

AUTOCONTROL. Disponível em: <https://www.autocontrol.es/autocontrol/quienes-somos/>, acessado em 24/07/2021.

CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acessado em 13/06/2021.

Empresas que exploram dados estão tirando a liberdade de nossas crianças. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/analises/ultimas-noticias/2020/10/18/empresas-que-exploram-dados-estao-tirando-a-liberdade-de-nossas-criancas.htm>, acessado em 11/07/2021.

International Chamber Commerce. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, acessado em 25/07/2021.

GUERRA, Raísa. Até que ponto a tecnologia faz mal na infância. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/estilo-de-vida/32723-ate-que-ponto-a-tecnologia-faz-mal-na-infancia-.htm>, acessado em 09/06/2021.

Guia Mercur de se relacionar com o publico infantil. Disponível em: https://storage.googleapis.com/wordpress-media-mercur/2020/09/aabf2604-guia_jeito_mercur_de_se_relacionar_com_publico_infantil.pdf, acessado em 08/08/2021.

IAB. Disponível em: <https://www.iab.com/our-story/>, acessado em 05/06/2021.

KING. Disponível em: <https://king.com/privacyPolicy>, acessado em 05/06/2021.

Mc Lanche Feliz App. Disponível em: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.mcdo.brazil.mcplay>, acessado em 09/05/2021.

Newzoo's 2020 Global Games Market Report. Disponível em: www.newzoo.com/games-report, acessado em 26/01/2021.

Platform status report: GAME ADVERTISING. Disponível em https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/09/IAB-Games-PSR-Update_0913.pdf, acessado em 04/06/2021.

PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. Por que a publicidade faz mal para as crianças. 2ed, 2009, Instituto: Alana: São Paulo, 2009. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>, acessado em 13/06/2021.

The Pledge EU. Disponível em: <https://eu-pledge.eu/the-eu-pledge-at-a-glance/>, acessado em 08/08/2021.

Smahel, D., Machackova, H., Mascheroni, G., Dedkova, L., Staksrud, E., Ólafsson, K., Livingstone, S., and Hasebrink, U. (2020). EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries. EU Kids Online. <https://doi.org/10.21953/lse.47fdeqj01ofo>, acessado em 28/01/2021.

SCHNAIDER, Amanda. Influência dos filhos no supermercado é de 88%. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/influencia-dos-filhos-no-supermercado-e-de-88.html><https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/19/influencia-dos-filhos-no-supermercado-e-de-88.html>, acessado em 26/01/2021.

Dicionários *online*

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/marketing/>, acessado em 04/06/2021.

Dicionário Língua Portuguesa Infopedia. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/marketing>, acessado em 04/06/2021.

Dicionário Priberam. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/console>, acessado em 17/05/2021.

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça, Informativo de Jurisprudência nº 679, Recurso Especial nº 1613561/SP. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=017804>, acessado em 26/08/2021.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-244/06. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1438078101815&uri=CELEX%3A62006CJ0244#>, acessado em 17/07/2021.

Leis, Decretos, Códigos, Convenções e Resoluções

Autorregulação Publicitária. Disponível em: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/>, acessado em 28/07/2021.

Auththorité de Régulation Professionel de la Publicité. Disponível em: <https://www.arpp.org/qui-sommes-nous/roles-et-missions/>, acessado em 25/07/2021.

Carta Social Europeia. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf, acessado em 12/06/2021.

Code de la consommation. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?legiOrKali?id=LEGITEXT000006069565.pdf&size=1,1%20Mo&pathToFile=/LEGITEXT/00/00/06/06/95/65/LEGITEXT000006069565/LEGITEXT000006069565.pdf&title=Code%20de%20la%20consommation>, acessado em 25/07/2021.

Código da Publicidade. Decreto-Lei nº 330/90. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/_lc/122033593/202107041417/73697743/diplomaExpandido, acessado em 04/07/2021.

Código de Autorregulación de la Publicidad infantil de Juguetes. Disponível em: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2018/11/codigo-de-autorregulaci%C2%A2n-de-la-publicidad-infantil-de-juguetes.pdf>, acessado em 24/07/2021.

Código de Conducta Publicitaria. Disponível em: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/05/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>, acessado em 24/07/2021.

Código de Conduta da Autorregulação Publicitária. Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf, acessado em 24/07/2021.

Código de Autorregulação em matéria de comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigidas a crianças. Disponível em: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wpcontent/>

- uploads/2018/01/Codigo_Crianças_AlimentosBebidas_v_2018.pdf, acessado em 24/07/2021.
- Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm, acessado em 28/03/2021.
- Comentário geral nº 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>, acessado em 23/07/2021.
- Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 28/08/2021.
- Constituição da República Portuguesa: Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202107312048/73938583/diploma/indice>, acessado em 31/07/2021.
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, acessado em 17/07/2021.
- Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>, 17/07/2021.
- Décret nº 92-280/1992. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORF-TEXT000000346165/>, acessado em 25/07/2021.
- DL nº 57/2008, de 26 de março. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mos-tra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis, acessado em 31/07/2021.
- Diretiva 89/552/CEE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552>, acessado em 27/07/2021.
- Diretiva 97/36/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0036&from=PT>, acessado em 27/06/2021.
- Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:pt:PDF>, acessado em 27/07/2021.
- Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0114>, acessado em 28/06/2021.
- Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0013#d1e1230-1-1>, acessado em 04/06/2021.
- EASA – European Advertising Standards Alliance. Disponível em: <https://www.easa-alliance.org/about-easa>, acessado em 04/-7/2021.
- ICC – Advertising and Marketing Communications Code. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, acessado em 25/07/2021.
- Ley 34/1988. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-26156-consolidado.pdf>, acessado em 24/07/2021.
- Lei 8.242/1991, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18242.htm, acessado em 17/07/2021.

- Ley 3/1991. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf>, acessado em 24/07/2021.
- Lei nº 13.257/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm, acessado em 18/07/2021.
- Lei nº 13.709/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm, acessado em 02/05/2021.
- Resolução nº 163, 13 de março de 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163-_publicidade-infantil.pdf, acessado em 18/07/2021.
- Recommandation Communication Publicitaire Digitale V4 – Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/communication-publicitaire-digitale/>, acessado em 25/07/2021.
- Recommandation Enfant. Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/enfant/>, acessado em 25/07/2021.
- REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>, acessado em 11/07/2021.
- RESOLUÇÃO Nº 163, 13 de março de 2014. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163-_publicidade-infantil.pdf, acessado em 17/07/2021.
- Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – Tratado da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>, acessada em 10/06/2021.

THE (UNCLEAR) RELATIONSHIP BETWEEN A PERSONALISED PRICE TERM AND THE UNFAIR CONTRACT TERMS DIRECTIVE*

ADRIANA ALVES HENRIQUES

Abstract: Given the persistent advance of technology and data science, it is predictable that the practice of price personalisation will become more common and sophisticated. It is therefore up to the Law to intervene and regulate this new commercial practice in order to ensure consumer protection. In this context, transparency requirements can play a key role. In this sense, the European legislator implemented a new pre-contractual information duty, which will be included in the Consumer Rights Directive – new Article 6(ea). Under this new paragraph, the consumer has to be informed if the price was personalised on the basis of automated decision-making. Even though this requirement is very welcome, it raises several questions. Thus, part of this work will be dedicated to its detailed analysis, namely its scope, form, content, and level of detail, as well as its importance for the consumer's life. In addition, we will also offer the interpretation that we consider the most adequate. Since this new transparency requirement is not applied in an isolated manner, it is important to take into consideration its relationship with the remaining legal instruments, namely the Directive on unfair terms in consumer contracts (UCTD). Although it already contains a transparency requirement, we believe that both can be interpreted in a cohesive way. Under the UCTD, it is clear that if a personalised price term is not trans-

* Master's thesis. Supervisor: Dr. Fabrizio Esposito, Professor at NOVA School of Law.

parent, it will be subject to the unfairness test of Article 3, requiring, to that end, some effort and adaptation by national courts. On the contrary, if the term is transparent, we argue that, based on a teleological interpretation, it is still possible to submit the personalised price term to this assessment. In the final part of our work, we decided to address the consequences of the declaration of the unfair nature of a personalised price term. In light of the UCTD, this term will have to be eliminated, which, in turn, will lead, in our view, to the nullity of the entire contract. Exceptionally, if such an annulment gives rise to some particularly unfavourable consequences for the consumer, the performance of the contract should continue, with the replacement of the personalised price term – either by a new price negotiated by the parties or by a supplementary rule of national law (at the limit, in the absence of such a rule, by the non-personalised price).

Keywords: Price Personalisation; Personalised Price Term; Transparency; Pre-contractual Information Duties; European Consumer Law.

Resumo: Atendendo ao avanço persistente da tecnologia e da ciência dos dados, é previsível que a personalização de preços se torne mais comum e sofisticada. Com efeito, incumbe ao Direito acompanhar e regular esta nova prática comercial, a fim de garantir a proteção do consumidor. Neste contexto, as exigências de transparência podem desempenhar um papel essencial. Neste sentido, o legislador europeu aprovou um novo dever de informação pré-contratual, que será incluído na Diretiva relativa aos Direitos dos Consumidores – novo Artigo 6(ea). Nos termos do mesmo, a circunstância do preço ter sido personalizado com recurso a automatização terá de ser comunicada ao consumidor. Pese embora este requisito seja muito bem-vindo, a verdade é que o mesmo levanta diversas questões. Desta forma, parte do presente trabalho será dedicada à sua análise detalhada, designadamente ao seu escopo, forma, conteúdo e nível de detalhe, bem como a sua relevância para a vida do consumidor. Adicionalmente, iremos oferecer a interpretação que consideramos mais adequada. Uma vez que este novo requisito de transparência não se aplica de forma isolada, importa ter presente a sua relação com os restantes instrumentos jurídicos, nomeadamente com a Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (UCTD). Embora esta também preveja um requisito de transparência, cremos que ambos podem ser interpretados de forma coesa. No âmbito da UCTD, é evidente que se uma cláusula de preço personalizado não é transparente, a mesma

estará sujeita ao teste de caráter abusivo do Artigo 3º, sendo necessário, para o efeito, algum esforço e adaptação por parte dos tribunais nacionais. Na eventualidade de a cláusula ser transparente, consideramos que, com base numa interpretação teleológica, será possível os tribunais nacionais submeterem a cláusula de preço personalizado a este teste. O nosso trabalho termina, assim, com a análise das consequências da declaração de caráter abusivo. No nosso entender, a cláusula de preço personalizado deverá ser excluída e o contrato deverá ser considerado nulo. Excecionalmente, se da nulidade do contrato surgirem consequências particularmente desfavoráveis para o consumidor, a execução do mesmo deverá continuar com a substituição da cláusula de preço personalizado – quer por um novo preço negociado pelas partes, quer por uma regra supletiva de direito nacional (no limite, na ausência de tal regra, pelo preço não personalizado).

Palavras-chave: Personalização de Preços; Cláusula de Preço Personalizado; Transparência; Deveres de Informação Pré-contratuais; Direito do Consumo Europeu.

INDEX

1. INTRODUCTION	183
2. ONLINE PRICE PERSONALISATION	186
2.1. Online price personalisation: definition and conceptual distinctions	186
2.2. Online price personalisation from an economic perspective	189
2.3. The process of online price personalisation	191
2.3.1. Use of consumer's personal data and ADM	194
2.4. Brief overview of potential consumer harm	200
3. THE NEW TRANSPARENCY REQUIREMENT	203
3.1. Scope of the requirement	207
3.2. Content and level of detail	209
3.3. Salience and form of information disclosure	215
3.4. Importance of the requirement for consumer protection	219
4. RELATIONSHIP OF THE NEW REQUIREMENT AND THE UNFAIR CONTRACT TERMS DIRECTIVE	223
4.1. Introduction to the UCTD and the unfairness test	223
4.2. Contract terms relating to the price and remuneration under Article 4(2) UCTD: The transparency requirement	227
4.2.1. The specific case of OPP: the interplay between the transparency requirement of Article 4(2) of the UCTD and the new information duty of the CRD	230
4.3. Scenario 1: The term does not meet the UCTD transparency requirement – how can we check the fairness of the personalised price from a substantive point of view?	232
4.4. Scenario 2: The term fulfils the UCTD transparency requirement – Is it necessarily fair under the directive?	241

4.5. The Portuguese law approach	245
4.6. Consequences of the term's unfairness	248
5. CONCLUSIVE REMARKS	256
6. REFERENCES	259

1

INTRODUCTION

“In the age of the Internet, fixed prices are a thing of the past.”¹

Julia Angwin and Dana Mattioli

The possibility for traders to obtain and analyse ever-increasing amounts of data about their customers and, in particular, potential customers has allowed the phenomenon of online price personalisation (OPP) to develop further and better.

In this regard and bearing in mind the importance of protecting consumers who are used to being charged a uniform price, the European Union (EU) legislator introduced a new information requirement in the Consumer Rights Directive (CRD)², according to which traders will have to inform consumers whether the price has been personalised, on the basis of automated decision making (ADM) – new Article 6(ea). This provision follows some concerns regarding the transparency of these practices. However, this new requirement also raises new concerns, in particular concerning its interplay with other European legislation, namely the Unfair Contract Terms Directive (UCTD).

¹ ANGWIN, Julia, and MATTIOLI, Dana – Coming Soon: Toilet Paper Priced Like Airline Tickets. *The Wall Street Journal* (September 2012).

² 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, OJ L 304, 22.11.2011, 64–88

A price personalisation term could arguably be considered an unfair term under Article 3 of the UCTD³. However, according to the same legislative instrument, the fairness of the price can only be assessed if the term is not transparent, as stated in Article 4(2) UCTD. At first sight, it might appear that if the trader fulfils his duty to inform, the term is necessarily fair, so there will be no fairness assessment. However, that would be extremely detrimental to consumers⁴, and, therefore, certainly not desired by the legislator. On the other hand, if the trader does not inform, other issues arise, notably regarding the difficulties of the fairness' verification of the price, under the circumstances of a personalised price.

Keeping these issues in mind, it is important, first of all, to contextualise the phenomenon of OPP. We will start by delimiting its concept by comparing it to other online practices that involve price setting. Once the object is defined, we will then analyse this practice from an economic perspective in order to demystify the impact of it on consumers.

We will then move on to a more practical analysis, that of the OPP process itself, where we will address the protection of consumers' personal data. This topic is not only unavoidable to address when talking about online price personalisation because of its relevance, but it is also important as it allows us to make the link with the transparency requirement.

Chapter two ends with a brief analysis of the harm that OPP can bring to consumers. Although the overall effect of this practice on consumers is ambiguous, as it depends on several factors, it is possible to identify a number of situations where the implementation of personalised prices can be detrimental to consumers. As we will see further, these situations essentially relate to the exploitative and discriminatory potential of the practice.

The third chapter analyses the transparency requirement introduced in the CRD. There we will present our considerations on it, notably as regards its scope, form, content, and level of detail, as well as its importance for consumers' protection. As part of this analysis, we will position ourselves on the issue of *what it will take for a trader to comply with the new transparency requirement*, in particular, why we argue that consumers should be informed about the main factors determining willingness to pay, as well as the non-personalised price.

³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, 29–34.

⁴ See below, Section 2.4.

Following an in-depth study of this new requirement, the conditions are in place for the analysis of the relationship object of this work: the relationship between the transparency requirement and the UCTD, in particular, the unfairness test. This will be the topic of the fourth chapter, which will be analysed in the light of two possible scenarios: Scenario 1, where there is no compliance with the transparency requirement; and Scenario 2, where there is compliance.

In this regard, we consider, first of all, that a harmonious interpretation will have to be carried out between the concept of transparency under the UCTD and the one implemented by the new Article 6(ea) of the CRD. Only in this way will it be possible to avoid a duality of transparency requirements. In any case, if there is no compliance with the transparency requirement (Scenario 1), the OPP term will have to be subjected to the unfairness test. In this context, we identified some difficulties in carrying out this assessment from a substantive point of view, yet we believe that, with some adaptation and effort by the national court, it is possible to review the fairness of the personalised price term.

On the contrary, if the term complies with the transparency requirement (Scenario 2), it is important to stress that this circumstance does not imply the fairness of the term. As initially stated, the practice of OPP has an exploitative and discriminatory potential that cannot be underestimated. For this reason, we argue that it would be desirable for consumer protection that Member States extend the unfairness test to price adequacy in order to cover OPP. As the Portuguese legal system has extended the scope of the assessment of unfairness to contractual terms related to the adequacy of the price or remuneration, we will briefly analyse it in Section 4.5.

Before our conclusive remarks, we will further address the consequences of an OPP found to be unfair, as a number of practical issues arise in this regard (Section 4.6).

Finally, Chapter 5 summarizes the findings about the relationship between a personalised price term and the UCTD.

2

ONLINE PRICE PERSONALISATION

The practice of price personalisation is not a novelty, having taken place in the offline world for a long time. Taking the example of a salesperson at the fair or even a car dealer⁵, it is common that, depending on the customer in front of them, these traders adjust the price of the good according to what they think is the highest price the customer would pay for it. In other words, they adjust the price to the customer's maximum willingness to pay.

In recent years, somewhat as a consequence of the digital age, price personalisation has shifted from the offline world to the online environment and has become a pricing strategy extremely attractive.

As technology has not only enabled the development of OPP but also other similar practices involving price setting, it is important to delimit the concept and make some conceptual distinctions. Before going deeper into the debate from the perspective of transparency in the EU consumer market, we will address price personalisation from an economic perspective and also how this strategy works in practice. A brief analysis of the impact that OPP may have on consumers is reserved for the end of the chapter.

2.1. Online price personalisation: definition and conceptual distinctions

Based on Recital 45 of the Omnibus Directive, OPP can be defined as the practice whereby a trader, for the same or identical good or service, charges different prices based on the individuals' maximum willingness to pay, as

⁵ OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union*. OECD: (2018), 2.

assessed through ADM and profiling of consumer behaviour⁶. From this definition, it is, therefore, possible to identify the three elements considered to be characteristic of this practice.

The first one is the existence of different prices for the same or identical products: not all customers have the same willingness to pay, and as a result, for the same T-shirt different prices will be charged. The second one is the fact that this price differentiation is based solely on the customer's maximum willingness to pay instead of considering other relevant and traditional factors for pricing strategy, such as costs, stock levels, or competition⁷. And the third one is the circumstance that the customer's maximum willingness to pay is assessed on the basis of ADM and profiling of consumer behaviour. Once these elements are verified, we can say that we are dealing with OPP.

Although many authors claim that, in practice, OPP is highly unlikely or improbable⁸, as sellers are not yet able to know and trace the exact willingness to pay of each buyer for the product or service, the truth is that with the advance of technology, the possibility of predicting the consumer's willingness to pay becomes more and more real⁹. Powered by data-driven personalisation technologies, traders have been able to obtain and analyse ever-increasing amounts of data about consumer choices and preferences of their customers and potential ones. In turn, the information collected, which includes both public and private information, is what allows traders to implement OPP strategies¹⁰.

However, OPP is not the only practice emerging in this environment, so before going into detail about how it works, it is important to clarify how OPP relates to online price discrimination and dynamic pricing.

⁶ Recital 45 of the Omnibus Directive.

⁷ DE ARRUDA, Elisa Schenfel – Personalised Prices: Striving for Transparency from Data Protection and European Consumer Law Perspective. Lisbon, 2020, Master Thesis, 4.

⁸ In this respect: POORT, Joost, and BORGESIU, Frederik Zuiderveen – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?" In *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, 176; SEARS, Alan M – The Limits of Online Price Discrimination in Europe. *The Columbia Science & Technology Law Review*, Vol. 21 (2019): 5.

⁹ In this sense, a 2015 White House Report concluded that "A review of the current practices suggests that sellers are now using big data and digital technology (...) to set personalized prices" – WHITE HOUSE – *Big Data and Differential Pricing*. Washington: White House, 2015, 20.

¹⁰ VICTOR, Vijay, FEKETE-FARKAS, Maria, and LANER, Zoltan – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector. *Journal of Management and Marketing Review*, Vol. 4, no. 2 (2019), 140.

Starting with the relationship between OPP and online price discrimination¹¹, as these two terms are often used interchangeably despite having different meanings, the former is considered to be a particular manifestation of the latter¹². Online price discrimination is a wider phenomenon that encompasses any and all price differentiation for the same or identical products or services, which is not based on cost differences¹³. In this sense, it includes forms of discrimination that do not fall within the term OPP, such as quantity discounts or loyalty cards¹⁴.

Another pricing strategy widely used online that can cause some confusion is dynamic pricing. Through this practice, companies can change “the [displayed] price of a product in a quick and highly flexible manner in response to market demand”¹⁵. In contrast to price personalisation, what makes prices vary is not a personal characteristic – the customer’s maximum willingness to pay – but rather the features of the market, the purchase, and the product, including the evolution of supply and demand in relation to perishable, time-sensitive or scarce products¹⁶.

Having clarified the relevant concepts, we will now focus on OPP as defined at the beginning of this section. Because of the complementarity between the economic and the legal fields, it is useful, for the purposes of the present analysis, to be familiar with the economic context of the practice¹⁷.

¹¹ In order to avoid the negative connotation of the word “discrimination”, there are authors who use the term “price differentiation”. Nevertheless, the meaning is the same. PHILLIPS, R. L – *Pricing and Revenue Optimization*, Stanford: Stanford University Press, 2005, 74. Alan M. “The Limits of Online Price Discrimination in Europe”, 6.

¹² DE ARRUDA – Personalised Prices, 4.

¹³ JOOST, and BORGESIU – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?, 174-189; DE STREEL, Alexandre, and JACQUES, Florian – Personalised pricing and EU law. In *30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS): “Towards a Connected and Automated Society”*. Helsinki: International Telecommunications Society (ITS), 2019, 2.

¹⁴ SEARS – The Limits of Online Price Discrimination in Europe, 6.

¹⁵ EC – *Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, Official Journal of the European Union, 2021: 102.

¹⁶ BIAC – *Personalised Pricing in the Digital Era – Discussion Points*. Paris: Business and Industry Advisory Committee to the OECD BIAC (2018), 1.

¹⁷ With a similar understanding AKON, Melvin Tjon – Personalized Pricing Using Payment Data: Legality and Limits under European Union and Luxembourg Law. *European Business Law Review*. Wolters Kluwer. Vol. 31, no. 5 (2020), 951; ESPOSITO, Fabrizio – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers. *CeDIE Working Papers*, Vol. 2 (2020), 7.

2.2. Online price personalisation from an economic perspective

The practice of OPP has been an object of study also in the field of economics, being commonly identified by this literature as *first-degree of price discrimination* or *third-degree of price discrimination*, depending on whether the price personalisation is made for specific consumers or for specific categories of consumers, respectively¹⁸.

From an economic perspective, for an OPP strategy to work effectively and be successful, some conditions must be satisfied¹⁹. Firstly, and perhaps the most important one, the trader must be able to individualise consumers based on the price elasticity of demand for the goods or services it supplies²⁰. If the trader cannot do so in practice, it cannot set the price that corresponds to the buyer's maximum willingness to pay. Secondly, it is required for the trader to have a "*sufficiently strong market position*"²¹, meaning that it cannot be a price taker: it must be capable of setting prices above marginal costs, even temporarily²². And thirdly, the trader must have control over the sale of its goods or services, which requires being in a position to prevent arbitrage between consumers, either through prohibition or legal constraints or simply because resale is impractical or would be too costly. If the trader has no control and resale is possible and admissible, the person who buys at a lower price – because his maximum willingness to pay was lower – may sell to a third party more expensive than the price he bought at but cheaper than the third party would buy from the trader. Therefore, the OPP strategy would not succeed.

Once these conditions are met, the implemented OPP initiative will produce its effects. It is therefore relevant to take a general and brief over-

¹⁸ According to the economic literature, there is also a second degree of discrimination where prices vary according to the quantity bought by the consumer. However, that degree is no longer covered by the concept of OPP, as traders do not offer the same product (or quantity) in order to price discriminate. JOOST, and BORGESIU – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?, 176; DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 1.

¹⁹ CARROLL, Kathleen, and COATES, Dennis – Teaching Price Discrimination: Some Clarification. *Southern Economic Journal*, Vol. 66, no. 2 (October 1999), 470-471; POORT and BORGESIU – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price, 177; MILLER, Akiva – What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. *Journal of Technology Law and Policy*, Vol. 19 (2014), 54.

²⁰ MILLER, "What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination?", 54.

²¹ POORT and BORGESIU – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?, 177.

²² CARROLL and COATES – Teaching Price Discrimination: Some Clarification, 470.

view of its main and potential economic effects. As a first effect, we have the potential increase in trader's output. When a trader sets a personalised price, consumers who have a low willingness-to-pay will be able to purchase the good or service that they otherwise could not (as they would not be able to afford it at the old uniform price), which turns out to be rather positive for consumers. Since the trader's product ends up being available to more people, the number of transactions in the market will increase, which in turn generates a *market expansion effect*²³, more commonly referred to as the *output expansion effect*^{24 25}.

However, if an OPP practice can leave some consumers better off, on the other hand, consumers with a high willingness to pay may be left worse off. This is so by virtue of the *appropriation effect*, which is more common and significant in monopolistic markets²⁶. This effect means that the trader may appropriate consumers' surplus – *i.e.*, the difference between the market price and the consumer's willingness to pay²⁷. Therefore, differently from in competitive markets with uniform prices, here the gains will be transferred from the consumer to the trader, who will make a greater profit.

By extracting each consumer's maximum willingness to pay personalised prices, traders may be triggering increased competition – *the intensified competition effect*. Accordingly, high-margin traders will – even aggressively – compete for price-sensitive consumers who easily choose to buy from a lower-priced rival. From a consumer perspective, this may be a positive effect. However, as recognised by economic theory, it will lead to price-sensitive consumers receiving better offers compared to non-price-sensitive consumers²⁸.

²³ BOURREAU, Marc, and DE STREEL, Alexandre – *The regulation of personalised pricing in the digital era*. DAF/COMP/WD 150. OECD (2018), 5.

²⁴ SCHOFIELD, Alex – Personalized pricing in the digital era. *Competition Law Journal*, Vol. 18, no. 1 (2019), 37; AKON – Personalized Pricing Using Payment Data, 953.

²⁵ However, this increase must be balanced with the opposite effect produced by consumers who have a high willingness to pay, as these consumers will buy less, or nothing, compared to what they would buy at the previously uniform price, thus reducing the trader's output.

²⁶ OFT – *The economics of online personalised pricing*. London, OFT: (2013), 22.

²⁷ GRAEF, Inge – Algorithms and Fairness: What Role for Competition Law in Targeting Price Discrimination Towards End Consumers? *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 24, no. 3 (2018), 545.

²⁸ AKON – Personalized Pricing Using Payment Data, 953.

One last effect worth mentioning is *the commitment effect*, which is also explored by most of the literature. In this regard, OPP can prevent traders from committing not to decrease their prices in the future²⁹. As explained by the Office of Fair Trading (OFT), if a trader decides to deploy an OPP practice, it will, at first moment, charge a uniform price to collect some signals from consumers (*e.g.*, if the consumer did not buy, it means that his or her willingness to pay is lower than the price offered)³⁰. On the second moment, the trader will charge a lower price to non-returning customers and a higher price to returning customers. Thus, a sophisticated consumer, even if he or she has a high willingness to pay when compared to the uniform price, could pretend to have a lower willingness to pay (by not buying) in order to get a lower price later on. From the moment the consumer knows that, if he or she does not buy today, the trader will lower the price tomorrow, he or she will stop buying at the first moment³¹. As a result, from the trader's perspective, it cannot help but offer declining prices over time³².

From the analysis of these effects, it is already possible to draw some consequences for consumers. Some of them are quite positive, namely the increased access to the market by vulnerable or low-income consumers and the enhancement of competition. However, the practice of OPP can also be harmful to consumers. Before we go into that matter in more detail, it is important to know how OPP works, since only after that context will we be able to understand better to what extent consumers may be harmed.

2.3. The process of online price personalisation

There is little evidence of how capillar OPP currently is. In this regard, AKIVA A. MILLER explains that it is due to the fact that there is a “*pre-vailing secrecy in the consumer data industry*”³³. According to the author, “*it is a matter of conjecture how companies actually translate the detailed profiles (...) of consumers into individual price offers, and how widespread these practices are*”³⁴. However, as stated by the European Commission (EC) in its latest study:

²⁹ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 37. OFT- *The economics of online personalised pricing*, 7.

³⁰ OFT – *The economics of online personalised pricing*, 28-30.

³¹ OFT – *The economics of online personalised pricing*, 28-30.

³² ARMSTRONG, Mark – Price discrimination. *MPRA Paper*. No. 4693 (2006), 5.

³³ AKIVA – What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination?, 52.

³⁴ AKIVA – What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination?, 52.

“[from] the lack of evidence of systematic personalised pricing (...) cannot be deduced that online retailers do not use such a practice to charge different shoppers different prices for the same product. There are a number of factors that may explain the lack of evidence of online personalised pricing. For example, it is difficult to detect this practice, as online firms may employ any of the latest sophisticated algorithms or personalisation tools (...) which research tools or methodologies cannot easily detect”³⁵ (our emphasis).

As can be seen, transparency issues emerge from the outset. Even though there is currently a low prevalence of identified personalised pricing³⁶, certainly, with the development and widespread use of data-driven technologies, companies will increasingly turn to OPP. For its implementation, there are three steps that can be identified. First and foremost, a data collection process is required. In the past, the traders’ ability to collect all the information needed to estimate how much a consumer would be willing to pay for a product was limited, posing a major obstacle to the implementation of OPP³⁷. Traders only had access to data volunteered by the consumers (*e.g.*, name, address for delivery, responses to surveys, professional occupation, level of education), and even then, such data collection process was too time-consuming and costly.

Nowadays, data collection is still a particularly resource-intensive process. However, with the use of the internet and the development of sensor-equipped smart devices and advanced data analytics, it is possible for traders to rely on different types of data and from a wide variety of sources. Not only do they have the opportunity to collect data volunteered by consumers, but also data that is involuntarily and unconsciously provided, namely data that is directly observed. For instance, an IP address can reveal information about the consumer’s country or region and the type of computer or browser that he or she uses³⁸. Past purchases, web-

³⁵ IPSOS, LONDON ECONOMICS, and DELOITTE – *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*. Report for DG JUST. Brussels: European Commission, 2018, 261.

³⁶ IPSOS, LONDON ECONOMICS, and DELOITTE – *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, 261.

³⁷ OFT – *Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust in the Market*. OFT: (2013), 7.

³⁸ BORGESIU, Frederik Zuiderveen, and POORT, Joost – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of Consumer Policy*, Vol. 40 (2017): 350; OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat*. OECD: (2018), 10-11.

site visits, search history, and *likes* in social networks are also examples of data that is directly observed from a consumer's online behavior and that allows profiling. Additionally, traders can also rely on data inferred from online consumer behavior, but which has been obtained by third parties, notably consumer data brokers. These entities use several tracking technologies, such as cookies, IP address tracking, web beacons, and browser/device fingerprinting, to follow the digital trail of users³⁹ in order to create their consumer profiles and subsequently sell them to companies.

All these data combined give traders an information level they never had before, which is particularly important since the data collection process is the most crucial step for the successful implementation of OPP: the more information about customers (current and potential), the better the estimation of the customers' maximum willingness to pay.

Once the data is available, the second step is the process of consumer's willingness to pay estimation. This is probably the most challenging stage of the process since this information does not result from an observed variable⁴⁰. Therefore, traders will have to deploy sophisticated algorithms to identify correlations between the different data collected in order to profile the consumer and find out what is the maximum he or she would be willing to pay. To this end, the analysis of consumer's purchase history and browsing history on e-commerce sites is crucial, as these types of data are an adequate source to extract the consumer's willingness to pay⁴¹.

Finally, after reaching an estimate, the trader will have to decide which price will be set. Usually, the price setting is not a direct and individual decision of the trader but rather an automated decision made by the pricing algorithm that the trader has chosen for this purpose. Although the generic definition of these values may be done by the trader, it is important to underline that, as it is with any algorithm, its user does not always have control over it. In particular, in algorithms incorporating Artificial Intelligence (AI), namely Machine Learning (ML), the trader will hardly have information about the type of data that fed the algorithm or the logic

³⁹ VALE, Sebastião Barros – The Omnibus Directive and online price personalization: a mere duty to inform? *European Journal of Privacy Law & Technologies* (June 2021), 2.

⁴⁰ OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era*, 11.

⁴¹ BAR-GILL, Oren – Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both preferences and (Mis)Perceptions. *University of Chicago Law Review*, Vol. 86, no. 5, 6.

behind it due to its complexity. For that reason, transparency issues are also discussed in this regard⁴².

Nevertheless, when the decision to set the final price is in the hands of the trader, it is important to note that opting for a price equal to the estimate may not be the most convenient solution. The trader should bear in mind that estimates are imperfect by nature, so choosing to follow an estimate that, in turn, overestimates the customer's willingness to pay can create the risk of losing customers⁴³. In addition, the trader should also consider, among other factors, the level of competition⁴⁴. In the next section, we will look further into the ADM process and the use of consumer's data that is inherent to it.

2.3.1. Use of consumer's personal data and ADM

As it was explained, OPP involves collecting data in different forms and processing several types of data. Thus, from the perspective of data protection law, scholars have considered that OPP initiatives are quite likely to fall within the scope of the General Data Protection Regulation (GDPR)⁴⁵. Indeed, Article 2(1) – under the heading of *Material Scope* – provides that the “*regulation applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system*”. Therefore, this criterion is likely to be satisfied in the context of OPP: on the one hand, we have the processing of consumers' personal data, although it depends on the pricing strategy and the model of the pricing algorithm⁴⁶, the fact is that these processes usually include personal data⁴⁷

⁴² VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 5 et seq.

⁴³ OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era*, 11.

⁴⁴ OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era*, 12.

⁴⁵ In this sense: WONG, Benjamim – Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR: a sceptical view. *Information & Communications Technology Law*, Vol. 30 (2021), 193-207; STEPPE, Richard – Online Price Discrimination and Personal Data: A General Data Protection Regulation Perspective. *Computer Law & Security Review*, Vol. 33, no. 6 (2017), 768-785. 768-785; BORGESIU, Frederik Zuiderveen – Online Price Discrimination and Data Protection Law. *Amsterdam Privacy Conference*. Amsterdam: Institute for Information Law, University of Amsterdam (2015), 13.

⁴⁶ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 5.

⁴⁷ Following the definition presented in Article 4 GDPR, “personal data” means “any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural

– e.g., name, age, revenue brackets, geolocation, personal phone number and email address, interests, and preferences; on the other hand, this data is often processed by automated means (*i.e.*, without human intervention), through the use of pricing algorithms, as we have seen.

Therefore, OPP may be subject to the data protection requirements of the GDPR, which implies that traders must comply with its principles and rules in collecting and processing each type of data, using appropriate, fair, and lawful mechanisms. Even if these processes are conducted by service providers on behalf of the trader, the latter continues to have obligations as a data controller, as it defines in any case the purpose of the processing of such data⁴⁸.

In order to lawfully process data for the purpose of OPP, one of the grounds set forth in Article 6 GDPR must be applicable. From the exhaustive list, paragraph (a) – *consent*, paragraph (b) – *pre-contractual and contractual measures*, and paragraph (f) – *legitimate interests*, are the most adequate grounds. Without prejudice, scholars have argued that consent is the main (if not the only) ground to consider in this context⁴⁹ – an understanding that we hereby endorse.

Both the pre-contractual and contractual measures and the legitimate interest grounds are unsatisfactory since they are subject to the *necessity test*⁵⁰ and hardly pass its sieve. In this sense, starting from paragraph (b), it is not easy to see to what extent many of the personal data and profiling practices are necessary for the performance of the contract. If we are talking about an address or bank details, of course, it becomes necessary. However, with the exception of these pieces of personal data, all the others turn out to be rather dubious. As rightly underlined by JOOST POORT and FREDERIK ZUIDERVEEN BORGESIU, “*the fact that a company sees personal*

person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”.

⁴⁸ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 5.

⁴⁹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 21-24; STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 776-781; VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 5-6; BORGESIU – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, 360.

⁵⁰ Which requires a “close and substantial connection and a direct and objective link between the data subject’s interests and the purposes” referred to in the paragraphs under analysis. STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 779.

*data processing as useful or profitable does not make the processing «necessary»*⁵¹. In the same sense, with respect to the last part of paragraph (b) – the processing for pre-contractual measures- although pricing decisions would fit into this ground (as it is an essential aspect of entering into a contract), the fact is that for the sale of products and services, the price personalisation decision is not essential. Therefore, the processing of data for that purpose is, once again, not necessary but only convenient to maximise the trader's profit. On the other hand, there is not always a *de facto* contractual relationship merely based on the use of online services⁵². Furthermore, it is important to note that this ground is limited to contacts initiated by the data subject, thereby excluding marketing approaches by the data controller⁵³ which, in essence, are those mostly used for OPP purposes. Consequently, this circumstance also makes the use of this legal basis inadequate⁵⁴.

Moving on to paragraph (f), the processing of personal data is lawful if it is necessary for the purposes of *the legitimate interests pursued by the controller or a third party*. Once again, we have a ground that requires the verification of the necessity test, which raises the aforementioned question as to whether the processing of data for price personalisation is actually necessary. Besides, it is important to note that the pursuit of legitimate interests is not absolute or unlimited. According to the final part of paragraph (f), they should be balanced with the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject. Therefore, apart from the necessity test, it is also required that the processing passes a balancing test between the trader's interest and the consumer's interest. This is where we see a major weakness in the use of this legal basis. Although there is the legitimate interest of the traders in getting to know their customers and potential customers to personalise prices and to maximise their profits, which is

⁵¹ BORGESIUŠ – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, 360.

⁵² On the contrary, as clarified by the A29WP, the processing of data under this ground is limited to authenticated users. A29WP – *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*, WP 148, 2008, 17. STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 778.

⁵³ A29WP – *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive*, WP 12, 1998, 24.

⁵⁴ In the same sense, FABRIZIO ESPOSITO argues that it is “unlikely to conclude that the processing is at the request of the data subject” and for that reason, among others, “Article 6(1)(b) is unlikely to offer a valid basis to processing for the purpose of personalising prices”. ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 22.

part of their right to the freedom to conduct business⁵⁵, we may not forget that, on the opposite side, we have the consumer's right to the protection of their personal data⁵⁶. So, at first glance, although it requires a casuistic analysis, when comparing both interests and rights, we would say that the protection of data of the consumers should prevail. This result is even more clear when traders establish far-reaching profiles of customers and potential customers without their knowledge⁵⁷. In those cases, there is a significant intrusion into their interests and rights that could never be balanced with the commercial interest of the trader⁵⁸.

In conclusion, the most viable and appropriate legal ground for processing data for OPP is consent, as provided for in paragraph (a), which encompasses “*any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her*”⁵⁹.

However, the analysis of the use of personal data does not end here. OPP practices generally involve ADM, as already explained. Therefore, given that these are the ones we are particularly interested in, in light of the new transparency requirement of Article 6 (ea), Article 22 GDPR regime should be looked at, not least because it can be put forward as an extra argument to justify the need for consent for OPP⁶⁰.

Under Article 22(1) GDPR, individuals are granted with the right to not be subject to “*decisions based solely on automated processing, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her*”. In turn, it is commonly recognised that this right implies an in-principle prohibition of such decisions⁶¹. Rephrasing RICHARD STEPPE, this prohibition is applicable when: (i) there is a decision (ii) based solely on automated

⁵⁵ DE ARRUDA – Personalised Prices, 36. The right is foreseen in Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁵⁶ Foreseen in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁵⁷ STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 780.

⁵⁸ In this sense, A29WP states that in cases of “*extensive profiling (...), consent under Article 7(a) should be considered*”, instead of the legal ground of legitimate interests. A29WP – *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, WP 217, 2014, 18.

⁵⁹ Article 4 (11) GDPR.

⁶⁰ In this sense, BORGESIU – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, 361.

⁶¹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 23; BORGESIU – Online Price Discrimination and Data Protection Law, 15. WONG – Online

processing of personal data (iii) that results in legal or similarly significant effects on the individual⁶². In the context of OPP, scholars tend to agree that the first two conditions are met⁶³ since there is an algorithm that decides, in an automated manner and based on personal data, the price for a certain consumer. The question is whether or not OPP produces *legal effects* or *significantly affects* the data subject.

In our opinion, OPP is within the scope of Article 22(1) either way. Starting with the legal effects path it can be pointed out that a price offer is an invitation to enter into a legally binding agreement, therefore it produces legal effects right from the outset, inter alia, the power of the data subject to execute the agreement and information duties⁶⁴. Contrary to what Benjamin Wong⁶⁵ argues, we do not believe that the direct or indirect nature of the effects is relevant. Such a distinction does not result from the law, nor is it given in the guidelines for the application of the provision⁶⁶. What is relevant for the purposes of Article 22 is that the effects are serious impactful⁶⁷. It is a question of “intensity” rather than form (whether direct or indirect). On the other hand, admitting all effects does not make insignificant the “similarly significantly affects” limb, as it will continue to apply in cases where ADM has no effect on people’s legal rights.

In any case, the path of an automated decision that significantly affects the data subject would be verified. Even though there are scholars who only consider that there is significant affectation to the data subject when

personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR, 198; BORGESIU – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, 361.

⁶² STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 783.

⁶³ Namely, Borgesius in BORGESIU – Online Price Discrimination and Data Protection Law, 16 and in BORGESIU – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, 361; Richard Steppe in STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 783; and Benjamin Wong in WONG – Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR, 198.

⁶⁴ In this sense, FABRIZIO ESPOSITO concretises: “(...) *price personalisation based on profiling triggers an information duty, profiling has a legal effect*”. ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 23.

⁶⁵ In WONG – Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR, 198.

⁶⁶ Namely, A29WP – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01, 2017.

⁶⁷ A29WP – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 21.

OPP leads to a price increase, we disagree. As explained by GIANCLAUDIO MALGIERI and GIOVANNI COMANDÉ, in privacy we can distinguish⁶⁸:

“(...) *subjective harms* (‘perception of unwanted observation’) from *objective harms* (‘unanticipated or coerced use of information concerning a person against that person’). While subjective harms refer to the psychological dimension of the ‘observed’ person, objective harms refer to the actual use of personal information against individuals (e.g. discrimination, unfair use, manipulation, denial of contracts, etc.). Thus, objective harms can include, *inter alia*, impairing treatment based on personal data analytics, distortion of individuals’ freedom of choice or conduct, manipulation of individual decisions”.

Therefore, it can be argued that OPP, even if it presents a lower price, can distort consumers’ freedom of choice and/or manipulate their decision, and in this sense, we can consider that it can significantly affect the data subject.

In sum, Article 22(1) is applicable to OPP, which implies, in turn, that we look at the exceptions foreseen in Article 22(2). Given our context, only exceptions (a) and (c) would apply *in abstracto*. Regarding the first one, we have already made our considerations when analysing the corresponding legal basis provided by Article 6(b) GDPR, where we argued that it would not have an appropriate application to the case. All that remains is consent. Therefore, we conclude that for the processing of consumers’ personal data for the purposes of the OPP, it is necessary the prior consent of the consumers. As stated by MIREILLE HILDBRANDT, “*price discrimination may be a good thing in a free market economy, but the fairness again depends on consumers’ awareness of the way they are categorised*”⁶⁹.

However, nowadays, some OPP practices may be taking place without any consent⁷⁰, plus without consumers being aware of the fact that companies are using their data to maintain detailed profiles of them⁷¹. Which is quite concerning. In these situations, consumers can be harmed. How-

⁶⁸ MALGIERI, Gianclaudio, and COMANDÉ, Giovanni – Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, Vol. 7, no. 3 (2017), 18.

⁶⁹ HILDBRANDT, Mireille – Profiling into the future: An assessment of profiling technologies in the context of Ambient Intelligence. *Fidis Journal*, Vol. 1 (2007): 10.

⁷⁰ STEPPE – Online Price Discrimination and Personal Data, 785.

⁷¹ OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era*, 10-11.

ever, these are not the only situations where this might happen. Thus, the following section discusses the main harms OPP can cause to consumers.

2.4. Brief overview of potential consumer harm

In general, scholars recognise that the overall effect of OPP on consumers is ambiguous⁷². Indeed, it not only depends on the relation of its key effects and their balancing but also on other factors such as the type of market and its level of competition⁷³, the complexity of the OPP strategy, and the trader's costs⁷⁴. Its practical impact will depend therefore on a case-by-case analysis. Without prejudice, it is possible to identify a number of situations where the implementation of OPP can be harmful to consumers.

We will start with the situations mentioned at the end of the previous Section and which directly result from the way price personalisation is carried out. More specifically, the non-transparent way in which it can be done. In this regard, if consumers do not even know that personalisation is taking place and under what terms, and/or it is not clear to them how to control of their data, their autonomy as consumers and data subjects is undermined. In practical terms, they are also deprived of exercising their rights, as they are unlikely to know whether they have been violated⁷⁵.

Even more worrying is the set of situations where OPP is used to exploit consumers. Admittedly, this might happen in several different ways. Taking the example of markets characterised by consumer inertia to change ("laziness" in shopping around), traders can use personalisation to identify and exploit (through higher prices) their inactive or "lazy" customer base⁷⁶. Going further, the trader, with some market power, may exploit consumers who are less knowledgeable about the market mechanism,

⁷² GRAEF – Algorithms and Fairness, 545; AKON – Personalized Pricing Using Payment Data, 954; BOURREAU and DE STREEL – *The regulation of personalised pricing in the digital era*, 5.

⁷³ In particular, the level of competition in a market is a key indicator of whether personalised pricing risks harming consumers. As observed by Schofield, in markets where there is no effective competition (*i.e.*, monopolised markets), there is a risk that the monopolist trader will use anti-competitive personalised pricing with the ultimate aim of excluding competitors or raising barriers to entry (*e.g.*, by engaging in predatory behaviour through selective discounts). SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 37.

⁷⁴ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 37.

⁷⁵ CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*. Study (2022), 12.

⁷⁶ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 38.

either because they are older, have limitations, or simply lack digital literacy, thus taking advantage of their alienation and ignorance of reality to charge a higher price. In short, the information asymmetry that results from price personalisation gives traders a bargaining power that can be used by them to exploit consumers⁷⁷.

On the other hand, consumer data collected by the trader can also be used to target behavioral biases and thus inhibit the ability of consumers to make economically rational transaction decisions. These biases can include the fact that, for instance, consumers can easily become overwhelmed by information (making decision-making more difficult and dissuading them from shopping around)⁷⁸. Moreover, if consumers cannot easily avoid personalisation if they so wish (*e.g.*, because the good or service in question is “essential”), consumer choice may be thus undermined⁷⁹.

Besides this potential for OPP to be exploitative, there is also a potential for OPP to be discriminatory⁸⁰. As it was mentioned above, an OPP strategy works, in practice, by means of algorithms. Thus, it is not a novelty that this technology may unintentionally produce results that are considered discriminatory under the relevant applicable law since it sometimes differentiates based on data that it legally cannot. In this sense, it is clear that consumers may be harmed when personalised prices are calculated on the basis of, for instance, postcode (social class), ethnicity, race, gender, or other.

OPP may also be detrimental to consumers to the extent that it diminishes their trust in the digital market. In this regard, there is evidence that personalised prices are often perceived by consumers as unfair or even manipulative⁸¹. This negative perception of personalised prices will make consumers hesitate to buy online and to use new services, affecting engagement in e-commerce and trust in the online market as a whole⁸². Thus, if

⁷⁷ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 14.

⁷⁸ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 38.

⁷⁹ CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*, 12.

⁸⁰ CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*, 11.

⁸¹ CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*, 11; JOOST, and BORGESIU – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?, 7; JOOST and BORGESIU – Does everyone have a price?, 1-20.

⁸² EC – *Executive Summary of the Impact Assessment*, Commission Staff Working Paper, SEC/2012/0073 final, 2012 (draft that accompanied the GDPR).

consumers do not trust a market, that market will not grow⁸³. Innovation is stifled, and there will be no digital economy development, to the detriment of consumers, naturally⁸⁴.

To finish, we would just like to note that OPP may also lead to consumer harm when the trader incurs high costs to implement the OPP strategy, as corroborated by some studies⁸⁵. In such cases, traders are very likely to pass on these high costs to consumers in the form of higher prices⁸⁶.

Notwithstanding all of the above, what is important to retain at this point is that OPP is not necessarily harmful to consumers. What may be harmful to consumers are complex and totally opaque OPP strategies designed to exploit them, particularly those who are price-sensitive and unsophisticated. If implemented in a fair, responsible, and transparent manner, with appropriate supervision, it is possible to benefit from the positive economic effects of OPP – *e.g.*, the fostering of competition and increased market access – without harming consumers⁸⁷. In this regard, measures should be adopted to ensure that personalised pricing works in the best interests of all consumers.

Some of these measures will naturally involve implementing greater transparency, which has already been put into practice with the new Article 6(ea). However, as will be seen further below, this requirement does not solve all problems and raises other issues. With a fair environment for consumers in mind, our concern in this context is the assessment of the unfairness of an OPP term under the UCTD. According to Article 4(2) UCTD, the unfairness of the price can only be assessed if the term is not transparent. Thus, *if the new requirement introduces transparency, does that mean that the unfair nature of a personalised price personalisation term cannot be assessed? Additionally, if conversely the term does not meet the transparency requirement, how can the unfairness test be applied?* In the next section we will analyse in detail the new requirement and see how far it reaches so that we can then relate it to the Directive.

⁸³ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 11.

⁸⁴ As stated by the OFT: “consumer trust is essential for the digital economy to develop optimally”, in OFT – *Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust in the Market*. OFT: (2013), 4.

⁸⁵ OFT – *The economics of online personalised pricing*. London, OFT: (2013), 78.

⁸⁶ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 38.

⁸⁷ CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*, 11.

3

THE NEW TRANSPARENCY REQUIREMENT

Aware of several new problems and challenges in the online consumer environment, the EU presented in 2018 the “New Deal for Consumers”, a bundle of directives that aims to strengthen the enforcement of EU consumer law and modernise the rules of this branch of law, taking into consideration market developments⁸⁸. This initiative encompassed a general communication and two legislative proposals⁸⁹, which are now in force: the Omnibus Directive [Directive (EU) 2019/2161]⁹⁰ and the Directive (EU) 2020/1828 on Representative Actions⁹¹.

The Omnibus Directive introduced a set of important rules to deal with the increasing use of online platforms, handling general improve-

⁸⁸ EC – *Communication: A New Deal for Consumers*, Brussels: EC, COM (2018)183 final, 3-4.

⁸⁹ All the proposals emerged from the well-known REFIT (Fitness Check) exercise: EC – *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')*, Brussels: European Commission, SWD(2017) 209 final.

⁹⁰ 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, PE/83/2019/REV/1, OJ L 328, 18.12.2019, 7–28.

⁹¹ Council Directive 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC [2020] OJ L 409.

ments to the substance of EU consumer law and rules on sanctions for infringements of it as well. It amends four important European directives in the field of consumer law: UTCD, Unfair Commercial Practices Directive (UCPD), Price Indication Directive (PID), and CRD. Even though there are important changes in all, for the purpose of this analysis, we are mostly interested in those that are (or can be) connected to the transparency of the practice of OPP, namely the ones in PID and CRD.

As regards the PID, a new Article 6a has been inserted. According to it, *“any announcement of a price reduction shall indicate the prior price applied by the trader for a determined period of time prior to the application of the price reduction”*⁹². For such a purpose, the “prior price” should be understood as *“the lowest price applied by the trader during a period of time not shorter than 30 days prior to the application of the price reduction”*^{93 94}. In practical terms, this new article imposes a new information duty on traders when they decide to make price reductions (discounts). In addition to reducing the asymmetry of information between traders and consumers, this obligation allows consumers to compare prices, which has a twofold effect. On the one hand, it prevents the consumer from being manipulated with the unfair practice of raising prices before the discount (*i.e.*, making it appear that the price reduction is more considerable than it actually is)⁹⁵. On the other hand, it empowers consumers to better understand the economic consequences and ultimately to make a more informed decision⁹⁶. By being presented with the *prior price* and the reduced price, the consumer is able not only to know what he or she will pay but also to acknowledge how much the price has changed in relation to the “normal” one⁹⁷. This aspect of the economic consequences is particularly important in the context of EU consumer law, as we will see in more detail when analysing the UCTD.

At this point, the relevant question that emerges is whether a trader giving a personalised discount is bound by this new obligation. This would

⁹² Article 6(a), paragraph 1 of the PID.

⁹³ Article 6(a), paragraph 2 of the PID.

⁹⁴ Notwithstanding, Article 6(a), paragraphs 3 to 5 of the PID, provides for some exceptional situations which are left to the discretion of member states.

⁹⁵ DE ARRUDA – Personalised Prices, 64; ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 35.

⁹⁶ DE ARRUDA – Personalised Prices, 64.

⁹⁷ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 34.

require considering that the personalised discount would be, for the purposes of the PID, an “announcement of a price reduction”⁹⁸. Although such a possibility does not seem unreasonable to us, based on the literal element of the provision, we tend to agree with some authors who argue that Article 6a should not be applicable to personalised discounts, as such an interpretation would not be in line with the teleology of the provision⁹⁹. Although there is no recital clarifying its rationale, the EC has recently released a guidance in which it explicitly states that “*Article 6a aims at preventing traders from artificially inflating the reference price and/or misleading consumers about the amount of the discount. It increases transparency and ensures that consumers actually pay less for the goods when a price reduction is announced*”¹⁰⁰. Therefore, having this rationale in mind, there is no need for the personalised discount to be covered. Indeed, the EC itself clarifies that “*Article 6a (...) does not cover long-term arrangements that allow the consumers to benefit systematically from reduced prices and specific individual price reductions*”¹⁰¹ (our emphasis). Therefore, we believe that this issue has become less dubious.

Although not covered by the new price reduction rules of PID, the practice of OPP has not been forgotten by the Omnibus Directive. A new provision has also been introduced in the CRD – Article 6(ea) – which obliges, in distance and off-premises contracts, traders to inform consumers “*where applicable, that the price was personalised on the basis of automated decision-making*”¹⁰². Remarkably, the matter of OPP was not in the original Omnibus Directive proposal¹⁰³. It was subsequently included by amend-

⁹⁸ 1st part of Article 6(a), paragraph 1 of the PID.

⁹⁹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 34-35. DE ARRUDA – Personalised Prices, 65-69.

¹⁰⁰ EC – Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Article 6a of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers. Official Journal of the European Union, C 526, 2021: 131.

¹⁰¹ In contrast, the EC states that “*Article 6a of the PID will be applicable to those price reductions, which, even though presented as personalised, are in reality offered/announced to consumers in general*” – EC – Guidance on the interpretation and application of Article 6a of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, 132 and 136-137.

¹⁰² Article 4 (4)(a)(ii) of the Omnibus Directive.

¹⁰³ As we can see in EC – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and

ment of the European Parliament in its report as a new subparagraph (da) to the new Article 6(a)¹⁰⁴. According to the European Parliament's suggestion, traders should be required to inform "*whether and how algorithms or automated decision making were used, to present offers or determine prices, including personalised pricing techniques*".

As can be seen from the final version of the Directive, this information requirement has not only undergone a rewording but has systematically been placed in a different part (in Article 6 instead of Article 6(a). Furthermore, the Council also added a recital to the text – Recital 45 – which gives some guidance for the interpretation of the new requirement and further develops it:

*"Traders may personalise the price of their offers for specific consumers or specific categories of consumer based on ADM and profiling of consumer behaviour allowing traders to assess the consumer's purchasing power. Consumers should therefore be clearly informed when the price presented to them is personalised on the basis of ADM, so that they can take into account the potential risks in their purchasing decision. Consequently, a specific information requirement should be added to Directive 2011/83/EU to inform the consumer when the price is personalised, on the basis of ADM. This information requirement should not apply to techniques such as 'dynamic' or 'real-time' pricing that involve changing the price in a highly flexible and quick manner in response to market demands when those techniques do not involve personalisation based on ADM. This information requirement is without prejudice to Regulation (EU) 2016/679, which provides, inter alia, for the right of the individual not to be subjected to automated individual decision-making, including profiling"*¹⁰⁵.

The combined reading of this recital and paragraph (ea) leads immediately to the conclusion that OPP practices are admissible under consumer law, as it is explicitly stated that "*traders may personalise the price of*

modernisation of EU consumer protection rules, Brussels: EC, COM/2018/0185 final – 2018/090 (COD), 33-37.

¹⁰⁴ Amendment 65 in European Parliament – *REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules*, Committee on the Internal Market and Consumer Protection Rapporteur, A/2019/0029, 40-41.

¹⁰⁵ Recital 45 Omnibus Directive.

their offers for specific consumers (...) based on ADM and profiling of consumer behaviour allowing traders to assess the consumer's purchasing power"¹⁰⁶. If there were any doubts in this respect, they should no longer exist. However, its admission depends on whether the consumer has been informed that the prices shown have been personalised on the basis of ADM. And here, several questions arise in relation to the requirement, namely its scope of application, the way the information must be provided, its content, and level of detail. All these aspects will be analysed in the following sections.

3.1. Scope of the requirement

As already mentioned above, the new paragraph (ea) of Article 6 establishes a new pre-contractual obligation for distance and off-premises contracts, applicable to all traders, to inform consumers in case of price personalisation based on ADM. Although the scope of application of this requirement seems quite broad, it is actually subject to several limitations.

In the first place, it must be stressed that this pre-contractual obligation only applies to contracts between traders and consumers, which are concluded at a distance and off-premises and fall within the scope of the CRD¹⁰⁷. In this respect, we draw attention to the existence of several contracts for which it would make sense to oblige the trader to inform the consumer that the price has been personalised on the basis of automated decisions, but which, because they are excluded from the scope of the CRD, they are not subject to this new information obligation. Some of these are contracts for social services, healthcare, gambling, and financial contracts¹⁰⁸.

In the second place, this requirement does not apply to all practices involving automated price setting. As is made clear from the outset in Recital 45 "(...) *This information requirement should not apply to techniques such as 'dynamic' or 'real-time' pricing*¹⁰⁹ *that involve changing the price in a highly flexible and quick manner in response to market demands when those techniques do not involve personalisation based on automated decision-making*" (our emphasis). It

¹⁰⁶ GRAAF, de Tycho – Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, no. 5 (2019), 185.

¹⁰⁷ Article 3 (1) and Article 6 CRD.

¹⁰⁸ Article 3(3) CRD.

¹⁰⁹ For a definition of these concepts and distinction with the concept of OPP, please see Section 2.1 supra.

is obvious that the European legislator wanted to differentiate between situations in which the price setting was made on the basis of the personal characteristics of the consumer and those in which the price strategy was based on other non-personal factors, notably the changes in supply and demand. This option does not seem unreasonable to us since, as we will see below, the implementation of information duties as a strategy to promote transparency has to be considered taking into account the opposing interests and the impact it will have on the market.

Following this limitation, it is important to highlight that paragraph (ea) of Article 6 also does not cover all kinds of personalised offers, only the ones based on ADM. Although some consider this to be an aspect of little practical relevance¹¹⁰, from an academic point of view and for the purposes of the present analysis, it is worth addressing it.

Even though the notion of ADM is not presented in the CRD, under the influence of data protection law, it can be defined as a “*decision made solely by automated means without any human involvement*”¹¹¹. As mentioned in Section 2.3, in OPP the data is processed by automated means, and the final decision is often not a decision of the trader but rather of the pricing algorithm. Therefore, the implementation of this type of practice usually does not involve human intervention. Nevertheless, as is sometimes the case with credit scores¹¹², it may be possible that the trader, or another person responsible, is involved in setting the price after it has been determined by the algorithm. In such situations, it would need to be ascertained whether the decision of the trader or other person was entirely and blindly based on the result provided by the algorithm or whether there was some weighting or amendment of the individual. In the latter case, having added thoughts/ideas on the price setting, we can no longer consider it automatic decision-making as there was human intervention. As a consequence, the trader would not be under the obligation to inform the consumer that the

¹¹⁰ LYNKEY, Orla, MICKLITZ, Hans-W, and ROTT, Peter – Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices. In *EU CONSUMER PROTECTION 2.0 – Structural asymmetries in digital consumer markets*. Brussels: BEUC, 2021, 120-121.

¹¹¹ As it results from Article 22 of the GDPR.

¹¹² In credit scores, traders often use external scores (calculated by a credit rating agency or some other provider) and rely on the credit score that the same agency has calculated based on the information it has. In such cases, there is therefore an intervention by the trader at the final “validation/acceptance” stage.

price was personalised. On the other hand, if there is only a mere formal validation by the individual, this intervention no longer justifies considering that decision-making automatic. Therefore, as stated by the BEUC in one of its reports, “*only a new decision that takes other factors into account constitutes a relevant human intervention*”, hence we must conclude that only those OPP practices that involve such decisions are excluded from the scope of the Article 6 (ea).

Despite these scope limitations, it should be noted that the European legislator could have restricted the information requirement only to “pure” price personalisation practices, *i.e.*, to the *first degree of price discrimination* discussed in Section 2.2. However, as clarified in Recital 45, the information duty was also extended to *third-degree of price discrimination* practices – “*traders may personalise the price of their offers for specific consumers or specific categories of consumers (...)*” (our emphasis)¹¹³. This means that, regardless of whether the personalisation is individual or group-based, the trader will be obliged to inform the consumer that the price has been personalised.

3.2. Content and level of detail

There is no doubt that in situations that fall within the scope of the requirement and which were delineated in the previous section, the trader has the duty to inform consumers about OPP based on ADM. However, it is not clear what information the trader must concretely communicate to consumers and at what level of detail. The only guidance that is given is that “*consumers should therefore be clearly informed when the price presented to them is personalised on the basis of automated decision-making, so that they can take into account the potential risks in their purchasing decision*”¹¹⁴, which, however, shed no light on the potential risks that consumers should be aware of and how knowing that the price has been personalised would help them¹¹⁵. The recital is too vague in this respect.

Contrary to what happens in the case of ranking of offers¹¹⁶, the Omnibus Directive does not impose on the trader to inform the consumer about

¹¹³ Recital 45 Omnibus Directive.

¹¹⁴ Recital 45 Omnibus Directive.

¹¹⁵ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 6.

¹¹⁶ In the case of rankings, the Omnibus Directive gives clear guidance on what information should be made available: “*traders should 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*

the criteria used to personalise the price in question, how it weights those criteria, or other details that could be relevant. In this regard, most scholars regret that the requirement does not include an obligation to provide the main parameters and their relative importance, as the European Parliament had initially suggested¹¹⁷, considering this as one of the major limitations of the new Article 6 (ea)¹¹⁸. Even if the consumer could use his/her rights under the GDPR¹¹⁹ to find out what personal data the trader holds and has used to personalise the price or to obtain meaningful information about the logic involved, such a possibility would be wholly inadequate for the context of online shopping. Moreover, the consumer would remain uncertain whether the price personalisation was beneficial or detrimental to him or her¹²⁰.

Thus, in line with the authors ALEXANDER DE STREEL and FLORIAN JACQUES, in the absence of specific indications and given the expressed option in rankings, one could think that the legislator wanted traders to provide only the most basic level of information¹²¹. Meaning that it would be sufficient to present the statement that “the price shown has been personalised” as a kind of warning label without any details about how the price was concretely set¹²². Although it is a valid possibility, we do not believe that was the legislator’s intention. Not only would it be in contradiction with the trader’s transparency duties under the GDPR¹²³, but it would also not allow consumers *to take into account the potential risks in their purchasing decision*, which is ultimately the rationale of the requirement, as clarified by Recital 45. Therefore, in our view, the interpretation of the requirement as an obligation to provide only the most basic information may not be the most correct interpretation.

relative importance as opposed to other parameters. (...) Parameters determining the ranking mean any general criteria, processes, specific signals incorporated into algorithms or other adjustment or demotion mechanisms used in connection with the ranking” – Recital 22 of the Omnibus Directive.

¹¹⁷ Please see above in the beginning of Chapter 3.

¹¹⁸ DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 9; LYNSKEY, MICKLITZ, and ROTT – Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices, 119-122.

¹¹⁹ Such as the ones of Article 13 (1) (c), 13 (2) (f) and Article 22 (2) and 22(4) of the GDPR.

¹²⁰ LYNSKEY, MICKLITZ, and ROTT – Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices, 119-122.

¹²¹ DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 9. In the same sense, ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 5.

¹²² VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 4.

¹²³ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 4.

Given that what is intended is that the consumer be aware of the potential purchase risks, scholars have come forward with different understandings as to what information should be provided for that purpose. Besides the information on the main parameters and their relative importance, already mentioned, some argue that it would be useful for consumers to be informed about the prices that are being offered to other consumers. Thus, by having access to this range of prices, consumers would be able to situate themselves (as if they had an *anchor price*¹²⁴) and thereby make their own considerations regarding the fairness or unfairness of the personalisation. Furthermore, they will more easily understand the extent to which the price has been personalised and, in turn, predict the economic consequences that it will have on them¹²⁵. Otherwise, they may have an unrealistic perception of the implications and repercussions of the practice of OPP. In this respect, there is evidence of a consumers' tendency to consider, in this context, that they are charged less or, at least, they are still better off than a subjective reference price¹²⁶, which is not always true and must be demystified.

Moreover, it has been argued that consumers are also entitled by the requirement of Article 6 (ea) to know the non-personalised price, which in turn implies consumers should be granted the right to be offered such price. This is an understanding that has been held by some scholars¹²⁷. In particular, the author FABRIZIO ESPOSITO bases such an interpretation

¹²⁴ DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 9.

¹²⁵ DE ARRUDA, Personalised Prices, 73.

¹²⁶ A study for the periodical Social Justice Research found that when consumers are told that the price being offered is an “appropriate price”, they usually do not believe they are being overcharged, they think exactly the opposite. Even when they are offered with the “same” price as others, they consider that it is not for “everyone else”, or that they are still better off than a subjective, internally driven reference price – in VAN BOOM, Willem H., VAN DER REST, Jean-Pierre, VAN DEN BOS, Kees, and DECHESNE, Mark – Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase. *Social Justice Research*, Vol. 33 (2020), 346.

¹²⁷ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 20-43; ESPOSITO, Fabrizio – The GDPR enshrines the right to the impersonal price. *Computer Law and Security Review*, Vol. 45 (2022), 1-13; WAGNER, Gerhard, and EIDENMÜLLER, Horst – Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions. *The University of Chicago Law Review*, (2019), 590-591, 605-606; CHAPDELAINE, Pascale – Algorithmic Personalized Pricing. *Journal of Law & Business*, Vol. 17, no. 1 (2020), 43; DE ARRUDA – Personalised Prices, 72.

on the principles of transparency and effectiveness under EU consumer law, as well as on Article 22 of the GDPR¹²⁸. Traditionally, the principle of transparency requires consumers to understand the economic consequences of the term in question. In turn, such a substantive understanding implies that, in the context of OPP, the consumer knows not only that the price has been personalised, but also *how much* personalised it was¹²⁹. Otherwise, the consumer will certainly not be able to understand the economic consequences. In the same sense, the principle of effectiveness, in view of the possibility of exploitation by traders through opaque personalised surcharges, demands an additional suitable safeguard – which may well be the provision of the non-personalised price¹³⁰. The same can be said under Article 22(3) GDPR, whose minimum safeguards may not be sufficient and thereby require another, more appropriate, measure¹³¹.

Furthermore, if consumers have the power, as data subjects, to refuse consent to the processing of their data for OPP purposes and therefore be offered an impersonal price (without knowing what the personalised would be), it makes no sense that, after giving consent to the processing, they would no longer be empowered to know the non-personalised price and, eventually, to opt out of personalised pricing¹³². In any case, it should be underlined that from the trader's perspective, the possibility to opt out of personalised pricing would not be entirely disadvantageous, as consumer choice would always be valuable feedback for the OPP strategy itself¹³³.

In addition, under a full disclosure approach¹³⁴, one could argue that the requirement imposes disclosure of all aspects related to OPP. This would

¹²⁸ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 20-43.

¹²⁹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 34-37.

¹³⁰ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 37-41.

¹³¹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 41-43.

¹³² For a more detailed analysis on the topic, please see: ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 20-43. ESPOSITO – The GDPR enshrines the right to the impersonal price, 2. In a different sense, Pascal Chapdelaine argues that “*the choice of allowing personalized pricing to take place should arguably not be given to consumers (...)*” – CHAPDELAINE – Algorithmic Personalized Pricing, 36.

¹³³ WAGNER and EIDENMÜLLER – Down by Algorithms?, 591.

¹³⁴ The concept of full disclosure is explored in BEN-SHAHAR, Omri, and SCHNEIDER, Carl E. – *More than you wanted to know – The failure of mandated disclosure*. New Jersey: Princeton University Press (2014). The authors use this term to refer to the idea that consumers should receive all types of information that could potentially be useful to them in order to equip them

include, for instance, revealing the pricing algorithm or the ML model¹³⁵ and providing a technical explanation of how the parameters were calculated to reach the final personalised price. Since such obligation does not follow from the wording of the article, nor would it be beneficial to the consumer, we consider that the requirement does not – and should not – impose it. A full disclosure obligation would contribute to consumer information overload¹³⁶. It is becoming increasingly evident that consumers are not capable of processing all the available information and evaluating the wide range of choices at their disposal¹³⁷. In this regard, several studies have been conducted, and the current findings indicate that when the amount of information exceeds the information processing capacity of consumers, the quality of decision-making, and the consumer experience is impaired¹³⁸. Thus, in the case of OPP, providing as much information as possible about how the price was set or providing it in a high level of detail will certainly not be helpful to the consumer, most likely it will just leave him or her confused.

In particular, providing technical explanations on the functioning of the pricing algorithm or ML model would not only be dispensable for consumer decision-making, but also it would raise some practical difficulties. The first concerns opacity, since to access information related to the

to make unfamiliar and complex decisions. For instance, under this approach, consumers choosing mortgage loans would be provided with full information on rates, margins, discounts, rate and payment caps, negative amortisation, repayment options, and monthly mortgage payments in relation to their future ability to pay.

¹³⁵ GROCHOWSKI, Mateusz, JABLONOWSKA, Agnieszka, LAGIOIA, Francesca, and SARTOR, Giovanni -Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises. *Critical Analysis of Law (CAL)*, Vol. 8, no. 1 (2021), 55.

¹³⁶ Information overload means the inability of human beings to consciously process all the information on a given subject, which, given the natural limitations of time, can lead them to block or make bad decisions. Ramos, M. V. (2019). *Psicologia e Direito do Consumo: a Proteção do Consumidor face aos Efeitos das Modernas*. Anuário do NOVA Consumer Lab, 343.

¹³⁷ GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 45.

¹³⁸ PENG, Minjing, XU, Zhicheng, and HUANG, Haiyang – How Does Information Overload Affect Consumers' Online Decision Process? An Event-Related Potentials Study. *Frontiers in Neuroscience*, Section Decision Neuroscience, Vol. 15 (October 2021), 1-11; CHEN CHEN, Yu, AN SHANG, Rong, and YU JAO, Chen – The effects of information overload on consumers' subjective state towards buying decision in the internet shopping environment. *Electronic Commerce Research and Applications*, Vol. 8, no. 1 (2009), 48-58.

relevant aspects of the design and functioning of algorithms, it would be necessary to pierce the veil of the “black box”, which proves to be quite complex and not always possible. The second one relates to the well-known problem of low-literacy consumers, which would result in most consumers not understanding the information provided.

In view of the above, to achieve the objectives of the Article 6 (ea) requirement, we argue that the consumer should be provided with only the information that is important to make an informed purchasing decision and to understand the potential risks of the purchase. Having this in mind, it would be relevant for the consumer to be informed about how their willingness to pay is assessed. In other words, about the main factors that determine their willingness to pay and which, consequently, set the price they are presented with.

Although this information does not result from the letter of the requirement and its literal content, we believe that an extensive interpretation may be carried out. First and foremost, because it is in line with the rationale of the provision, namely the one that arises from Recital 45. And secondly, on the basis of the similarities that exist between ranking offers and the practice of OPP. Since both require complex and extensive processing of personal data and are somehow intended to persuade the individual to a certain economic action – the purchase – a similar understanding as in Recital 23 may be defended for OPP¹³⁹. Nevertheless, we would like to emphasise that disclosure of the main factors does not imply a detailed clarification of the specific extent to which they were considered or an explanation of how those factors led to the personalised price, as that is of little relevance to the consumer. It should imply only simple information on the most important factors that were taken into account for OPP purposes.

On the other hand, for the consumer to take into consideration the potential risks in his or her purchase, comparative price information is necessary. In this context, the comparison that seems most appropriate is not the first one mentioned, with the prices charged to other consumers, but rather the one with the non-personalised price. Indeed, for the consumer to be able to understand whether price personalisation is beneficial or detrimental to him or her, it will be necessary to be informed about the price that would be offered without personalisation. Only then

¹³⁹ DE ARRUDA – Personalised Prices, 72.

will the consumer know whether he or she will be surcharged. Otherwise, the purchase decision would be a decision under high uncertainty. Thus, in line with some scholars, for the purposes of complying with the duty of transparency in Article 6(ea), we consider that the non-personalised price should be disclosed.

3.3. Salience and form of information disclosure

As mentioned in the previous section, the consumer is often exposed to a huge amount of information. In distance and off-premises contracts, in addition to the information that is provided and is not legally required or is based on other regulatory instruments, Article 6(1) sets out 20 items (21 with the new requirement) of different pieces of information (with a considerable detail) that must be disclosed to the consumer. As is ironically acknowledged by author Philipp Hacker, Article 6(1) is itself the “epitome” of information overload¹⁴⁰.

To reduce the risk of information overload when executing those contracts, information should not only be reduced to what is essential but also simplified and disclosed in a prominent way¹⁴¹. Since price is one of the most relevant elements for consumers in deciding whether or not to purchase the product or service, OPP information based on ADM should be presented in a way that stands out from the rest of the “information mass”, in order to capture the limited attention of the consumer and not be just another unnoticed piece of information.

Unfortunately, the Omnibus Directive does not clearly address this issue. In line with the other information requirements of CRD, it is certain that by virtue of Article 6(1) and Article 8(1) of CRD, information on OPP must be disclosed in a “*clear and comprehensible*”¹⁴² manner and in a one “*appropriate to the means of distance communication used in clear and intelligible language*”¹⁴³. Furthermore, it seems to be safe to assume that under para-

¹⁴⁰ HACKER, Philipp – Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. *European Review of Private Law*, Vol. 25, no. 3 (2017), 667. In the same sense, G., Twigg-Flesner, C., & Wilhelmsson, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law*. London and New York: Routledge, 103.

¹⁴¹ ESPOSITO, Fabrizio – A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy. *Journal of Consumer Policy*, (2017), 206.

¹⁴² Article 6(1) CRD.

¹⁴³ Article 8(1) CRD.

graph 2 of the latter article, when the contract is concluded by electronic means, and it places the consumer under an obligation to pay – whether for a product or a service – traders are under the obligation of making “*the consumer aware in a clear and prominent manner, and directly before the consumer places his order (...)*”¹⁴⁴ of the information on OPP. Although paragraph 2 of Article 8 of the CRD does not expressly state the new point (ea), it can easily be extended to it. Firstly, because the information related to OPP is still information related to price. Therefore, if the information on price must be prominently and clearly presented because it is included in the list of Article 8(2) [paragraph (e)], information on OPP should also be presented in the same way. Moreover, one could always argue that the legislator has inserted the new information under paragraph (ea) [and not, for example, in the end, under paragraph (u)] because the new information derives from paragraph (e). In this sense, it would not make sense to make such a formal distinction and treat differently what is, in reality, similar¹⁴⁵. In any case, Recital 45 states “(...) Consumers should therefore be clearly informed when the price presented to them is personalised on the basis of automated decisions (...)” (our emphasis).

In all these provisions, the European legislator has chosen to use vague and open sentences, which is not a novelty in EU consumer law¹⁴⁶. However, it is important to note that, while these expressions may shed some light on the issue, on the other hand, they can lead to different and dispersed interpretations and to traders using this wide leeway in the way that best suits their commercial interests¹⁴⁷. Given that disclosure messages can influence the consumer’s intention to purchase¹⁴⁸, and there are no specific rules on how it should be formulated, traders may purposely obfus-

¹⁴⁴ Our emphasis. Article 8(2) CRD.

¹⁴⁵ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 3.

¹⁴⁶ The use of such expressions in European law is however quite common, as duties to disclose information always tend to be formulated in open sentences, *vide*, for example, Articles 5 of CRD (“clear and comprehensible manner”) or Article 7 of the UCPD ([cannot be given] “in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner”).

¹⁴⁷ BOOM, VAN DER REST, VAN DEN BOS and DECHESNE – Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action!, 336.

¹⁴⁸ According to a recent study, it is the phrasing and framing of the disclosure message that affects the degree of perception about the use of the information for self-interest, which in turn affects purchase intention. BOOM, VAN DER REST, VAN DEN BOS and DECHESNE – Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action!, 346.

cate the information on OPP in order to get consumers to purchase their product or service¹⁴⁹. It is in these situations that it becomes clear that the form of disclosure plays a key role in consumer protection.

As transparency in itself is of no use for consumers if the information is misleading or unnoticed, it is important to ensure the quality of disclosure¹⁵⁰, which in our view, and in light of guidance of Recital 45, Article 6(1) and Article 8 (1) and (2), implies salience and disclosure at the right time, as often as necessary. Indeed, we must not forget that if disclosure, even if during the transaction process, is made too late, it will not fulfil the purpose of the provision. In this regard, the EC has already made clear that “*the information about personalisation should be provided every time a personalised price is offered*”¹⁵¹.

Directly linked with the issue of the quality of disclosure is the actual form – or support – in which the information is made available. According to the joint application of Articles 6(1) and 8(1) of the CRD, information has to be provided in a *durable medium*. In a digital environment, such as online platforms, it could be difficult to satisfy such a requirement since the information stored on a website can be changed at any time. However, in this regard, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has previously decided to allow certain websites to be considered durable mediums, provided that the consumer is able to store the information addressed to him or her personally, in order to be sure that its content will not be altered, and that it can be accessed and reproduced by him or her during an adequate period¹⁵². In addition to the foregoing, it is important to emphasise, within the context of the provision of OPP information, that such information cannot be made available by means of hyperlinks. In this regard, the CJEU has made it clear that “*(...) making the information referred to in that provision accessible to the consumer only via a hyperlink on a website of the undertaking concerned does not meet the requirements of that provision, since that information is neither ‘given’ by that undertaking nor ‘received’ by*

¹⁴⁹ In addition, it could be the case that traders obfuscate the information accidentally. BOOM, VAN DER REST, VAN DEN BOS and DECHESNE – Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action!, 346.

¹⁵⁰ SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 37.

¹⁵¹ EC – *Recommendations for a better presentation of information to consumers*, Brussels, July 2019.

¹⁵² Judgments of 25 January 2017, *BAWAG PSK Bank*, Case C-375/15. ECLI:EU:C:2017:38; and of 5 July 2012, *Content Services*, C-49/11, EU:C:2012:419, paragraphs 42-51.

*the consumer (...)*¹⁵³. Therefore, in order to make the information on OPP available and comply with new obligations, the trader cannot force the consumer to take an active step¹⁵⁴.

Considering the above and taking into account the purpose of the requirement, there is a solution that has been discussed and seems to us to have potential. Instead of the information being included in the terms and conditions or somewhere else that would not be immediately noticeable and would require an active step of the consumer, an OPP tag/label would be created and displayed right next to the price. Of course, the tag/label information would not just state “*the price has been personalised based on ADM*”, as that would be totally insufficient. It would have to include the elements mentioned in the previous sub-chapter. This would be an interesting solution as it would be a clear, salient, and timely way of presenting the information, and that, in turn, would help consumers make more informed and conscious decisions about whether or not to engage with traders who deploy OPP strategies¹⁵⁵.

Such a solution, while positive from a consumer perspective, may be received with reluctance by traders. This is so because, even though there is not much evidence of OPP practices, there are already some studies proving that modern consumers are sensitive to personalised pricing strategies¹⁵⁶. Many of them find such practices unacceptable and unfair¹⁵⁷, not only because they fear having to pay more than others and being subject to secret price adjustments but also because they feel resentful about their personal data being used for this purpose^{158/159}. Hence, it will not be in the

¹⁵³ *Content Services*, C-49/11, paragraphs 50-51.

¹⁵⁴ This option has been criticised by some as being too restrictive, as emails are considered a durable medium and, in practical terms, there is not much difference between opening an email or clicking on a hyperlink. In this sense: HOWELLS, Geraint, TWIGG-FLESNER, Christian, and WILHELMSSON, Thomas – *Rethinking EU Consumer Law*. London and New York: Routledge, 2018, 107.

¹⁵⁵ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 4.

¹⁵⁶ For instance, VICTOR, FEKETE-FARKAS and LANER – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector, 146.

¹⁵⁷ In this sense a recent study by JOOST POORT and FREDERIK J. ZUIDERVEEN BORGESIOUS concluded that “[when] *Asked whether online price discrimination is acceptable and fair, more than 80% indicate that they find it unacceptable and unfair (...)*” -POORT and BORGESIOUS – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?, 180, 186.

¹⁵⁸ VICTOR, FEKETE-FARKAS and LANER – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector, 146.

¹⁵⁹ Further on this topic, the authors JOOST POORT and FREDERIK J. ZUIDERVEEN BORGESIOUS also provide some interesting findings: acceptance of OPP practices, in general,

interest of traders to make the information that they are using an OPP strategy based on ADM as visible and prominent as possible, as they are afraid (and do not want to) suffer potential reprisals from their customers, such as displays of dissatisfaction in the media or by word of mouth¹⁶⁰. Eventually, because of the fear of reprisals, traders may even stop deploying pricing algorithms to prevent customers and other consumers from dispersing¹⁶¹.

In any case, at this point, the effects of OPP labels on consumer purchasing behaviour are not yet known. Given this uncertainty as to their impact, it may be possible that the information provided by traders would not be as clear as desirable. However, as mentioned initially, the way in which the information is presented is at the discretion of traders who ultimately will have to clearly inform the consumer and present that information every time the price is personalised. Due to the traders' large margin of leeway, it is expected that the form of information disclosure be the one that is most convenient for their interests rather than those of consumers.

3.4. Importance of the requirement for consumer protection

Despite all the limitations explored in the previous sections, the introduction of this new information requirement in EU Consumer Law is very welcome. As is well known, one of the aims of this branch of law is not only to achieve a high level of consumer protection vis-à-vis other market participants but also to empower them to make independent and well-informed decisions¹⁶². This is so because there is a widespread assumption that traders will always be better informed than consumers¹⁶³. Therefore, the

increases with income and education level; it decreases with age; and, on average, men are more willing to accept it than women. POORT, Joost, and BORGESIU, Frederik J. – Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review – Journal on internet regulation*, Vol. 8, no. 1, (2019), 17.

¹⁶⁰ VICTOR, FEKETE-FARKAS and LANER – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector, 146.

¹⁶¹ VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 4.

¹⁶² DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 3. GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 49.

¹⁶³ WILHELMSSON, Thomas, and TWIGG-FLESNER, Christian – Pre-contractual information duties in the *acquis Communautaire*, *European review of contract law*, Vol. 2, no. 4, (2006), 452. Yet the authors warn that this premise does not always prove to be true and that therefore there must be limits to the regulation of information duties.

latter should be protected as the weaker party¹⁶⁴ and, at the same time, empowered as much as possible, as active societal agents, so that they can manage this information imbalance themselves¹⁶⁵.

Naturally, with OPP the information asymmetry between traders and consumers becomes even more pronounced. Traders not only know their products and services better than consumers but also have mechanisms that allow them to know more about the latter than they know about themselves. As the author IAIN RAMSAY once stated, “*imperfect consumer information is a fundamental rationale for consumer protection measures*”¹⁶⁶. As a result, many scholars have proposed, as a first step, the development of disclosure requirements¹⁶⁷ since transparency can empower consumers. It is, therefore, in this context that the duty of information in Article 6(ea) of the CRD has emerged: as a motto for consumer empowerment towards OPP practices. The importance of this requirement is consequently evident in several aspects.

In the first place, by being informed about the fact that the price displayed is personalised on the basis of the ADM, consumers can decide whether they feel comfortable with such a practice and shop elsewhere if they do not. As a matter of fact, once fully informed, consumers can truly consent to the conclusion of any contract they wish. In this sense, it is clear

¹⁶⁴ Under the CJEU’s settled case law, the consumer is always considered as the weaker party regarding “both his bargaining power and his level of knowledge” – e.g., Judgment of the Court (Sixth Chamber), 30 April 2014, *Barclays Bank*, Case 280/13, ECLI:EU:C:2014:279; Judgment of the Court (First Chamber), 14 March 2013, *Aziz*, Case C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

¹⁶⁵ As recognised by scholars, “*EU consumer policy is built on two pillars, empowerment and protection (...)*” – ESPOSITO – A Dismal Reality, 194. GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 49.

¹⁶⁶ RAMSAY, Ian – Framework for regulation of the consumer marketplace. *Journal of Consumer Policy*, Vol. 8 (1985), 359.

¹⁶⁷ Without prejudice to other methods that exist to reduce information asymmetries (e.g., the establishment of rules of a different nature, regulation of the type of activity, ensuring a certain quality of the services offered – licences, authorisations, standardisation of contract terms, etc.), in distance and off-premises contracts, the mechanism preferred by the EU legislator has been the classic measure of imposing pre-contractual information obligations on the trader. POLUDNIAK-GIERZ, Katarzyna – Sanctions for Lack of Fulfilment of Information Duties: Searching for an Adequate Regulatory Model for Personalized Agreements. *European Review of Private Law*, Vol. 28, no. 4 (2020), 820.

that this new requirement promotes and preserves consumer autonomy¹⁶⁸ and the exercise of their contractual freedom¹⁶⁹.

In the second place, since the requirement is not limited to informing the consumer about the deployment of ADM mechanisms in OPP but also includes other pieces of information related to, as seen above in Section 3.2, one could always argue that the requirement contributes to a better understanding of the consumer of the exact reasons behind the individual price, of the suppliers' market power and eventual attempts to profit from their vulnerabilities and biases. Thus, the information that is provided by traders under Article 6(ea), may empower consumers to proactively protect their own economic and non-economic (such as privacy-related) interests¹⁷⁰. Indeed, it should be highlighted that the reasons behind the state of affairs between traders and consumers are due, at least in part, to the issue of opacity. In this sense, this transparency requirement, by addressing opacity, can mitigate some negative consequences, preventing consumers from being misled and led into making choices they may regret and empowering them so they can challenge traders' behaviour, exposing unfairness and illegality and access legal redress or other remedies¹⁷¹.

In third place, along with the importance of the requirement for consumers individually, one cannot fail to recognise that it will also play a key role from a collective perspective. Since increasing consumer confidence and trust in the market is also an aim of EU Consumer Law, balancing the position of the consumer and the trader, and hence ensuring fairness in individual contracts, will contribute to some collective-political goals, such as the strengthening of the internal market and the increasing of the overall welfare¹⁷².

Last but not least, this requirement is extremely valuable from the perspective of policymakers, consumer associations, and regulatory and

¹⁶⁸ CHAPDELAINE – Algorithmic Personalized Pricing, 36.

¹⁶⁹ In this sense, HOWELLS, TWIGG-FLESNER and WILHELMSSON – *Rethinking EU Consumer Law*, 94. WAGNER and EIDENMÜLLER – *Down by Algorithms?*, 589.

¹⁷⁰ GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 58.

¹⁷¹ GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 48-49.

¹⁷² GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 49.

judicial bodies. By making information on the implementation of OPP practices public and visible, it will be possible for these players to find out how widespread these practices are and to identify certain outcomes at scale, such as patterns of manipulation or discrimination. In turn, this information, and other related to which may be gathered thereafter, will be extremely useful for the drafting of legislation governing the matter, as well as for the development of case law, advocacy, or enforcement strategies¹⁷³.

Without prejudice to all these reasons that corroborate the importance of this new requirement, the fact is that most scholars consider that effective transparency is needed but are skeptical that it is sufficient to address the risks created by OPP practices for consumers¹⁷⁴. Transparency does not necessarily allow consumers to exercise their autonomy when they are left with limited or unattractive alternatives or when they do not understand or agree with the consequences of what is being disclosed¹⁷⁵. In this sense, some argue that higher levels of intervention are required, suggesting that a standard of substantive fairness should be pursued.

However, the aim of the present dissertation is not to pronounce whether the requirement is sufficient or not but rather to focus on assessing the fairness of an OPP term in light of this new requirement and the UCTD. That said, we will thus move on to the next chapter, where we will address the relationship between Article 6(ea) and the UCTD.

¹⁷³ In this sense, VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 4. GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, and SARTOR – Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection, 55.

¹⁷⁴ LYNSEY, MICKLITZ, and ROTT – Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices, 119-122; SCHOFIELD – Personalized pricing in the digital era, 37; UNCTAD – *Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era*. Geneva: UNCTAD, 2021, 33.

¹⁷⁵ CHAPDELAINE – Algorithmic Personalized Pricing, 36.

4

RELATIONSHIP OF THE NEW REQUIREMENT AND THE UNFAIR CONTRACT TERMS DIRECTIVE

4.1. Introduction to the UCTD and the unfairness test

In EU Consumer Law, there are several directives potentially applicable to OPP. Most scholars are dedicated to the analysis of this practice in the light of UCPD, in particular taking into consideration the amendments made by the Omnibus Directive to it and to the CRD¹⁷⁶. Although OPP is usually thought about as being better addressed by the UCPD framework, the fact is that UCTD may also have a key role to play here¹⁷⁷.

The UCTD offers consumers protection against a contractual term that has been drafted in advance by the other party to a contract and which, contrary to the requirement of good faith, causes a significant imbalance between the parties to the detriment of the consumer¹⁷⁸. At its genesis is the assumption, mentioned above in Section 3.4, that consumers are in a weaker position compared to traders, both in terms of bargaining power and level of knowledge. Because this imbalance often leads to some consumer rights being unfairly excluded from contracts or to consumers being forced to accept terms without being able to influence their substance,

¹⁷⁶ About the topic, see inter alia: GRAAF – Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing, 186; DE STREEL and JACQUES – Personalised pricing and EU law, 4-5; DE ARRUDA – Personalised Prices, 61. VALE – The Omnibus Directive and online price personalization, 6-7.

¹⁷⁷ In the same sense: LOOS, Marco, and LUZAK, Joasia – *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services – STUDY*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Union, Brussels: European Parliament, 2021, 29.

¹⁷⁸ Article 3 UCTD.

the UCTD provides that a contract term, which is not individually negotiated, can be reviewed by the court in order to ascertain whether or not it is of an unfair nature.

The criterion for this court assessment, better known as the “unfairness test”, is provided for in Article 3(1) of the UCTD, according to which: “a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”. In addition to the requirements (which we will address further below), the assessment of the unfair nature of the term shall be determined by taking into consideration the object of the contract, the circumstances of the case at the time of its conclusion and the remaining terms of the contract and/or of another contract on which it is dependent¹⁷⁹. Any doubts of interpretation that may arise will be solved under Article 5 UCTD, which states that the interpretation most favourable to the consumer will prevail – the *principle of interpretation in dubio contra proferentem or contra stipulatorem*¹⁸⁰.

As result of the reading of the mentioned Article 3(1) of the UCTD, it is possible to identify three requirements that need to be verified in order to consider a term unfair. Firstly, it is required that the term has not been individually negotiated. In this regard, Article 3(2) of the UCTD clarifies that a term is considered not individually negotiated when it was drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, in particular, in the context of a pre-formulated standard contract/one-sided contracts¹⁸¹. In this regard, terms – whether part of the terms and conditions or not – to the extent that they have been subject to negotiations or formulated specifically for the consumer, are irrelevant.

Secondly, it is necessary for the term to create a significant imbalance between the parties’ obligations and rights to the detriment of the con-

¹⁷⁹ Article 4(1) UCTD.

¹⁸⁰ HOWELLS, TWIGG-FLESNER and WILHELMSSON – *Rethinking EU Consumer Law*, 139.

¹⁸¹ Concerning this requirement, Article 3(2) further develops that the fact that certain aspects of a term, or a specific term, have been individually negotiated does not exclude the application of Article 3(1) in relation to the rest of the contract if an overall assessment of the contract indicates that it is a pre-formulated standard contract. If the trader claims that a term has been individually negotiated, the burden of proof shall lie with him – Article 3(2), paragraphs 2 and 3.

sumer. Unlike the previous requirement, the UCTD does not specify what is meant by a term that is significantly detrimental to the consumer or the factors that should be taken into account. Without prejudice, the CJEU has already ruled on this issue, concluding that in order to carry out such verification, national courts should consider the rules of national law applicable to the matter in question in the absence of an agreement between the parties – *i.e.*, the supplementary rules – and therefore the extent to which the term derogates from those rules¹⁸². According to the case law, only a comparative analysis will enable the national court to assess whether and, where appropriate, to what extent the contract places the consumer in a less favourable legal situation¹⁸³. In this sense, a term that causes a significant imbalance may take the form of a restriction of rights, a limitation on the exercise of rights, or perhaps an additional obligation imposed on the consumer which is not provided for by national rules¹⁸⁴.

Yet, for the purpose of considering an unfair term, not every derogation from national law is sufficient. It is also necessary that such a derogation would be *contrary to the requirement of good faith*. As with the previous requirement, given the lack of detail in the UCTD, the CJEU provided an interpretation. According to its case law, the court will have to, on a case-by-case basis, assess whether the trader, “*dealing fairly and equitably with the consumer, could reasonably assume that the consumer would have agreed to such*

¹⁸² In this sense, Judgment of the Court (First Chamber), 14 March 2013, *Azis*, Case C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, paragraph 68;

¹⁸³ *Azis*, Case C-415/11, paragraph 68, which in turn refers to Advocate General Kokott’s Opinion, in particular to paragraph 71, where it is stated that “*it is not possible to assess whether a term causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer, without a comparison with the legal situation under national law in the event that the parties themselves have not made any contractual provision. Only where the contractual term treats the consumer less favourably than the statutory provisions might the term actually cause an unfair shift in the rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*” – AG Opinion of the cited case, paragraph 71. In this regard, it should be highlighted that the significant imbalance does not necessarily require an economic impact on the value of the transaction. EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*. Brussels: EC, 2019, 31.

¹⁸⁴ As a number of judgments have stated, *e.g.*, Judgment of the Court (First Chamber) of 16 January 2014, *Constructora Principado*, Case C-226/12, EU:C:2014:10, paragraph 23; Judgment of the Court (First Chamber) of 26 January 2017, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, Case C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, paragraph 23.

a term if he or she had entered into individual contract negotiations”¹⁸⁵. Thus, although the trader has the freedom and legitimate interest in organising his contractual relations in a manner that derogates from national rules, he may not, in any case, simply pursue his own commercial interests of contractual efficiency against the legitimate expectations of the consumer¹⁸⁶.

In addition to the general clause of Article 3(1), the UCTD offers an annex with a list of several terms that may be considered unfair. As follows from Article 3(3) of the UCTD, the content of such list is merely illustrative, which means that it is not exhaustive, providing only some guidance in the application of the unfairness test, with the ultimate goal of standardising the behaviour of market participants¹⁸⁷.

Once the three requirements of Article 3(1) are met, the term is declared unfair and, under Article 6(1) of the UCTD, it will not bind the consumer, meaning that it will be excluded. The rest of the contract will only be binding if it is capable of continuing to exist without the unfair term¹⁸⁸. In short, and using FABRIZIO ESPOSITO’s words, by applying the unfairness test mechanism “*the normatively unjustified formal equality created by the contract is replaced by a substantive equality created by the law*”¹⁸⁹. By doing so, the UCTD is protecting the economic interests of consumers¹⁹⁰, ensuring that consumer contracts become freer from unfair terms.

Notwithstanding the above, there are situations where the assessment of unfairness is not applicable. In this sense, it is clear that if at issue is an individually negotiated term, the assessment will not apply. On the other hand, contractual terms that reflect mandatory, statutory or regulatory provisions, and the provisions or principles of international conventions are also excluded, as a consequence of falling outside the scope of the UCTD,

¹⁸⁵ *Azis*, Case C-415/11, paragraph 69.

¹⁸⁶ PATTI, Francesco Paolo – Personalized Unfair Terms Control: EU Law Meets Innovative US Doctrines. *European Review of Private Law*, Vol. 28, no. 6 (2020), 1258; and MICKLITZ, Hans-W., and REICH, Norbert – The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD). *Common Market Law Review*, Vol. 51, no. 3 (2014), 790.

¹⁸⁷ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1259.

¹⁸⁸ Article 6(1) UCTD *in fine*. For more information on the consequences, see Section 4.5 below.

¹⁸⁹ ESPOSITO, Fabrizio – Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection. *European Review of Contract Law*, Vol. 16, no. 4 (2020), 546.

¹⁹⁰ As set out in Recital 9 of the UCTD.

in accordance with Article 1(2). Finally, the assessment of unfairness shall not relate to terms that concern the definition of the main subject matter of the contract and/or the adequacy of the price and remuneration in so far as these terms are in plain intelligible language. This last exception stems directly from Article 4(2) of UCTD¹⁹¹ and it is for us the most relevant one, which is why it will be analysed with more detail in the next section.

4.2. Contract terms relating to the price and remuneration under Article 4(2) UCTD: the transparency requirement

In principle, terms relating to the price and remuneration (*i.e.*, consumers' financial obligations) are subject to Article 3(1) of the UCTD¹⁹². However, the particularity of such contract terms is that, according to Article 4(2) of the UCTD, when it concerns the adequacy of the price and remuneration, or, as expressed in Recital 20 of UCTD, the “*quality/price ratio of the goods or services provided*”, the unfairness assessment is excluded if the term is presented in plain intelligible language, in other words, if it complies with the transparency requirement.

The rationale behind this limitation is the UCTD's commitment to strike a balance between the protection of consumer rights, on the one hand, and the respect and observance of the principles of a free market economy, on the other hand¹⁹³. At the time of the enactment of the UCTD, the problems of controlling the relationship between the agreed price and the goods or services to be supplied were much discussed. The doctrine held that since the price is determined by the market's mechanisms, allowing a court to control the reasonableness between the price and the respective good or service provided would be manifestly contrary to the fundamental principles of a free market economy¹⁹⁴. As pointed out by the authors Hans Erich Brandner and Peter Ulmer, such control “(...) would

¹⁹¹ According to Article 4(2) of the UCTD, “*assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language*”.

¹⁹² EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 21.

¹⁹³ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1255-1256.

¹⁹⁴ In this sense, ATAMER, Yesim M. – Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics. *The Modern Law Review* (2017): 624-660; BRANDNER, Hans Erich, and ULMER,

*partially abrogate the laws of the market and hence prevent the offerers of goods or services from acting in accordance with those laws; the consumer would no longer need to shop around for the most favourable offer, but rather could pay any price in view of the possibility of a subsequent control of its reasonableness*¹⁹⁵. Moreover, it was held that the average consumer (contextualised below) was able to search for the best essential terms on their own, putting, in turn, pressure on traders and ensuring therefore better terms for consumers than those that could be ensured through court action¹⁹⁶. In any case, in order to avoid potential adverse effects, the legislator considered that the best option, bearing in mind the aim of protecting consumers against unfair contract terms while balancing the rights and obligations of the parties, would not be to use means of controlling contract terms¹⁹⁷, but instead to improve transparency in such context¹⁹⁸.

Thus Article 4(2) is intended to encourage traders to adopt transparent (price) terms, failing which they will be subject to a fairness assessment by the court. As is clear from its wording, a term is considered transparent when drafted in plain intelligible language – Article 4(2) *in fine*¹⁹⁹. While it is up to the national courts to verify whether the drafting of the term comprises those features, the EC has developed a list of factors that may be relevant for such purpose²⁰⁰. These include, *inter alia*, whether the con-

Peter – The community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by de EC Commission. *Common Market Law Review*, (1991), 647-662.

¹⁹⁵ BRANDNER and ULMER – The community directive on unfair terms in consumer contracts, 656.

¹⁹⁶ ESPOSITO, Fabrizio, MACHADO, Leonor, and GROCHOWSKI, Mateusz – Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas: uma análise jurídica e económica. *Católica Law Review*, Vol. VI, no. 2 (2022), 92-93.

¹⁹⁷ In this regard, the CJEU has held that since the price is not determined according to a legal formula, “no legal scale or criterion exists that can provide a framework for, and guide, such a review”, which is why the assessment of the adequacy of prices is excluded from the court’s powers – Judgment of the Court (Ninth Chamber) of 26 February 2015, *Matei*, Case C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, paragraph 55, which in turn refers to Judgment of the Court (Ninth Chamber) of 30 April 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, Case C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, paragraphs 54–55.

¹⁹⁸ BRANDNER and ULMER – The community directive on unfair terms in consumer contracts, 656.

¹⁹⁹ The same follows from the transparency requirement imposed by Article 5 of the UCTD.

²⁰⁰ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 23 and 25-26.

sumer had access and/or the opportunity to read the contract term prior to the conclusion of the contract, the comprehensibility of the individual term in light of the clarity of its drafting and the specificity of the terminology used and/or the form in which the contract terms are presented. Notwithstanding, the CJEU interpretation of this requirement has been broader, going far beyond the aspects suggested by the EC. As is clearly stated in Case *Andriiciuc*²⁰¹:

*“As regards the requirement of transparency of contractual terms, as is clear from Article 4(2) of Directive 93/13, the Court has ruled that that requirement, also repeated in Article 5 thereof, cannot be reduced merely to their being formally and grammatically intelligible, but that, to the contrary, since the system of protection introduced by Directive 93/13 is based on the idea that the consumer is in a position of weakness vis-à-vis the seller or supplier, in particular as regards his level of knowledge, that requirement of plain and intelligible drafting of contractual terms and, therefore, the requirement of transparency laid down by the directive must be understood in a broad sense (...) Therefore, the requirement that a contractual term must be drafted in plain intelligible language is to be understood as requiring also that the contract should set out transparently the specific functioning of the mechanism to which the relevant term relates and the relationship between that mechanism and that provided for by other contractual terms, so that that consumer is in a position to evaluate, on the basis of clear, intelligible criteria, the economic consequences for him which derive from it (...)” (our emphasis)*²⁰².

In the CJEU’s view, transparency requires consumers to be able to assess the potential economic consequences of the term before the conclusion of the contract, *i.e.*, to be aware of what will happen under the contract²⁰³, as such information is extremely important for consumers to understand the extent of their rights and obligations under the contract before they are bound by it²⁰⁴. This question should be examined by the referring court

²⁰¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2017, *Andriiciuc*, Case C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, paragraphs 44 and 45.

²⁰² In the same sense, see, for instance: Cases C-26/13, *Kásler*, paragraphs 71 and 72; Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 July 2016, *Verein für Konsumentenforschung v Amazon*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, paragraph 68; and Judgment of the Court (Third Chamber) of 23 April 2015, *Van Hove*, Case C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, paragraph 40.

²⁰³ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 36.

²⁰⁴ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 26.

in light of the standard of the average consumer, meaning a reasonably well-informed, observant, and circumspect consumer²⁰⁵.

While the CJEU'S interpretation of the transparency requirement is rather broad (requiring more than what seems to result from the letter of the provision), conversely, its interpretation of Article 4(2) has been rather narrow. Given its nature as an exception to the application of the unfairness test of Article 3(1) of the UCTD, the Court has consistently held that Article 4(2) of the UCTD should be interpreted and applied in narrow terms²⁰⁶. Thus, as regards the first part of the provision, concerning the object of the unfairness assessment, the analysis of whether the term relates to the definition of the main subject matter of the contract and/or the adequacy of the price and remuneration will always be carried out from a restricted perspective.

In sum and given all the above, in the light of the UCTD, if the price of the good and/or service is presented clearly, explicitly, using the right terminology, at the right time and allows the consumer to assess the economic consequences for him or her arising from it, then there will be no room for a review of the substantive fairness of the quality/price ratio.

4.2.1. The specific case of OPP: the interplay between the transparency requirement of Article 4(2) of the UCTD and the new information duty of the CRD

At this point, we cannot avoid relating the specific transparency requirement of Article 6(ea) to the one required under the UCTD, in order to make it clear what is ultimately required for an OPP term to fall under the exception of Article 4(2) of the UCTD. Indeed, as the OPP term concerns

²⁰⁵ As can be read in *Kásler*, Case C-26/13, paragraph 74: “it is for the referring court to determine whether, having regard to all the relevant information, including the promotional material and information provided by the lender in the negotiation of the loan agreement, the average consumer, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect (...)” (our emphasis). In the same sense, *Andriuc*, Case C-186/16, paragraph 47: “whether the terms are drafted in plain intelligible language enabling an average consumer, that is to say a reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect consumer (...) be able to assess the potentially significant economic consequences (...)”. For a critical analysis of this standard, please see: ESPOSITO, GAMBÔA MACHADO, and GROCHOWSKI – Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas, 83-111.

²⁰⁶ In this sense, *vide*, for instance: *Van Hove*, Case C-96/14, paragraph 31; *Kásler*, Case C-26/13, paragraph 42; and *Matei*, Case C-143/13 *Matei*, paragraphs 49-50.

price/remuneration, it is important to ascertain whether compliance with the former necessarily implies compliance with the latter.

The answer to this question depends on how one interprets Article 6(ea). If, contrary to what we have argued in the present analysis (Section 2.2), it is held that Article 6(ea) only requires that the consumer be informed – only and literally – that “the price displayed has been personalised through the use of ADM”, it would not be reasonable to consider the term transparent, for the purposes of Article 4(2) of the UCTD. This is so because such a scenario would leave consumers in a more unprotected position. As FABRIZIO ESPOSITO rightly points out, *“if merely informing that the price was personalised without any additional specification were sufficient to make the term transparent, Article 4(2) would effectively shield personalised surcharges from being reviewed. Consequently, consumers would be at the mercy of unscrupulous traders”*²⁰⁷.

In such a case, compliance with Article 6(ea) would not necessarily imply compliance with the transparency requirement of Article 4(2) of the UCTD. As result, there would be a duality of transparency requirements whereby in one framework a term is considered transparent and, for the purposes of another, it is no longer considered transparent. We do not believe that would make sense. In our view, an effort to ensure a coherent articulation of the two requirements should be made.

Accordingly, it should be noted that the combination of the two requirements is simple when interpreting Article 6(ea) as proposed in Section 2.2. The broadened scope of the transparency requirement, introduced by the case law and mentioned in the previous section, is perfectly in line with the content of Recital 45 of the Omnibus Directive. Both reveal a concern for consumer awareness at the moment of purchase, seeking to ensure that the consumer is able to assess the impact and potential economic consequences for him – or her – of a contract concluded under such conditions. Therefore, a trader who informs consumers about whether the price has been personalised on the basis of ADM, about the main factors for determining consumers’ willingness to pay and the non-personalised price, will not only be complying with Article 6(ea) but will certainly also ensure that the practice falls under the shield of Article 4(2) of the UCTD.

²⁰⁷ Our emphasis. ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 7.

There would therefore be no significant divergence between compliance with the aforementioned requirements²⁰⁸.

Notwithstanding the above, even if the two requirements are harmonised, this does not mean that the relationship between OPP (and its associated transparency requirement) and Articles 4(2) and 3(1) of the UCTD is straightforward²⁰⁹. In this sense, and because the UCTD may be an important framework in regulating the practice of OPP, we believe that it is relevant to study their interplay. In the following sections, we propose to analyse the personalised price term and its transparency requirement under UCTD, in light of the two possible scenarios: when the term does not meet the transparency requirement under the UCTD and when it does.

4.3. Scenario 1: The term does not meet the UCTD transparency requirement – how can we check the fairness of the personalised price from a substantive point of view?

Bearing in mind what has been developed so far, it is clear that an OPP term, as a contractual term that concerns the price/remuneration of the good or service, will, in principle, be covered by Article 4(2) exception of the UCTD. Thus, it will not be possible to assess the adequacy of the personalised price with respect to the good or service supplied in exchange, except if the term is not in compliance with the transparency requirement.

In this sense, if the information regarding the use of ADM is not disclosed to the consumer, the personalised price term lacks transparency. However, that should not mean that the term is automatically unfair²¹⁰. Although some propose to create a rebuttable presumption of unfairness for non-transparent personalised prices²¹¹, the fact is that according to

²⁰⁸ For this reason, our point of view in section 2.2. is also strengthened. A more restrictive or literal interpretation of Article 6(ea) than the proposal would perpetuate the existence of two transparency requirements that, although different in purpose, are similar in ratio.

²⁰⁹ In fact, this relationship has been a little explored issue, both by scholars and case law. GROCHOWSKI, Mateusz, JABLONOWSKA, Agnieszka, LAGIOIA, Francesca, and SARTOR, Giovanni – Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race? *Technology and Regulation*, (2022), 43.

²¹⁰ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 34.

²¹¹ LOOS and LUZAK – *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services – STUDY*, 31. In the view of the author, “a rebuttable presumption could be introduced that personalised prices and terms are discriminatory, and, therefore, unfair”.

the joint application of Articles 3 and 4 of the UCTD, its unfairness must still be assessed according to the criteria of Article 3(1) of the UCTD²¹².

Without prejudice, from a substantive point of view, some difficulties may arise in carrying out such an assessment. Thus, assuming that the OPP term was not individually negotiated²¹³ – *i.e.*, that it was drafted in advance and that the consumer could therefore not influence the substance of the term –, we will analyse below the conditions of the unfairness test in order to understand how it can be conducted by the court in the context of OPP.

As discussed in more detail in Section 4.1, the second requirement of the unfairness test concerns whether the term creates a significant imbalance between the rights and obligations of the contractual parties to the detriment of the consumer. As explained, for the purposes of carrying out that examination, the CJEU held that a comparison should be made between the relevant contract term and any rules of national law which would apply in the absence of such a term. The Court has thus introduced a comparative test that enables the national courts to assess, on a case-by-case basis, the imbalance created between the parties and the less favourable position in which the consumer has been placed by virtue of the contract. The question that naturally arises in this context is: “what is the comparative element in the context of OPP”?

As regards price and remuneration, to the extent that the relevant national legislation does not contain supplementary rules, the EC suggests comparing the consideration to be paid by the consumer and the value of a given good or service, taking into account the market practices prevailing at the time that the contract was concluded²¹⁴. In the same sense, the CJEU, regarding a term relating to the calculation of the normal interest rate under a loan agreement (which, in essence, corresponds to the price), sheds some light by holding that:

²¹² LOOS and LUZAK – *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services – STUDY*, 31; DE ARRUDA – *Personalised Prices*, 59.

²¹³ In this sense, MATEUSZ GROCHOWSKI et al. argue that “pricing conditions proposed to consumers could be deemed non-individually negotiated terms and could accordingly fall within the purview of Directive 93/13/EEC on unfair contract terms (UCTD)” – GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA and SARTOR – *Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection*, 43.

²¹⁴ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 33.

“it is the duty of the referring court [national court], inter alia, to compare the method of calculation of the rate of ordinary interest laid down in that term and the actual sum resulting from that rate with the methods of calculation generally used, the statutory interest rate and the interest rates applied on the market at the date of conclusion of the agreement at issue in the main proceedings for a loan of a comparable sum and term to those of the loan agreement under consideration”²¹⁵.

In the light of these developments, it is important to analyse the options under the particular case of personalised prices, taking into consideration their specificities. Starting with the option of comparison with a statutory term, this would only be possible if, in fact, there was some legal standard for price personalisation. In this regard, a regulatory solution has been presented among scholars that involves establishing personalised pricing caps²¹⁶. As in the case of uniform pricing, where an exploitative price is approached with a price ceiling²¹⁷, what is suggested is that the regulator, through its own data, would determine the maximum legal price to be charged to each individual. Even though neither of the authors has elaborated much on how regulators would collect the information and set the ceilings, in particular the factors that would be taken into consideration for this purpose, one could always argue that in the world of big data, such eventual difficulties are not insurmountable²¹⁸.

In the view of the author of the original idea (BEN-SHAHAR), the definition of this maximum price could be made taking into consideration the main concerns and intentions of the legislator – *e.g.*, to set maximum ceilings that protect the poor, that protect against *price gouging*²¹⁹ or even

²¹⁵ Our emphasis. *Banco Primus*, Case C-421/14, paragraph 67, second indent.

²¹⁶ BAR-GILL – Algorithmic Price Discrimination, 21; BEN-SHAHAR, Omri – The Ethics and Regulation of Personalized Pricing. Macalester College, 2017, unpublished master thesis, 28-35. Alternatively, some suggest that traders using personalising pricing should only charge a fixed percentage of consumer’s willingness to pay [VULKAN, Nir, and SHEM-TOV, Yotam – A note on fairness and personalised pricing. *Economics Letters*, (2015), 179-183]. Therefore, one could consider the regulator setting the standard percentage and that would serve as a benchmark.

²¹⁷ For example, setting ceilings on the amount of interest that can be charged for a loan. BEN-SHAHAR – The Ethics and Regulation of Personalized Pricing, 29.

²¹⁸ In fact, there is increasing work on personalised rules – *e.g.*, HACKER – Personalizing EU Private Law, 651 – 677; PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1263-1266.

²¹⁹ Price gouging can be defined as the practice whereby traders take advantage of spikes in demand by charging exorbitant prices for necessities (often after a disaster).

against the *anti-welfarist distribution of resources*²²⁰. In the case of protection against high personalised prices, BEN-SHAHAR proposes as a benchmark the *average total cost*²²¹. Using an example of a drug, the author argues that the average total cost (which he considers should be understood in a broad sense, including costs of production and risk and opportunity costs) should be equal to the average price. Thus, in simplified terms, if the average total cost of a specific product is 10 euros and, for a consumer with low willingness to pay, the trader charged 7 euros, for a consumer with high willingness to pay, he or she should only, theoretically, charge up to 13 euros. In the words of BEN-SHAHAR, “(...) *raising the price on someone with high willingness to pay is only justified if it is done to lower the price for someone with low willingness to pay*”²²².

It is true that, with the creation of statutory ceilings, it would be possible for the courts to perform the comparison exercise with the personalised price. Moreover, there is evidence that price caps can be beneficial²²³. In this regard, the author OREN BAR-GILL argues that “*the personalised cap could track the misperception and thus undo its effects*”²²⁴. Without prejudice, given the current state of the art and the reality in many European countries, we do not believe that it is a feasible option, as regulators are unlikely to have the quality and quantity of information required. On the other hand, we cannot fail to recall what was said above on the circumstance that the *significant imbalance* does not mean economic disadvantage. Indeed, the analysis of the *significant imbalance* is not limited to an economic comparison of the total value of the contract. To that extent, the comparison with personalised pricing caps may not be adequate for the purposes of Article 3(1) of the UCTD, as it does not make it possible to assess whether the consumer is left in a less favourable position as part of that contract (only whether it is below the cap provided for).

²²⁰ BEN-SHAHAR – The Ethics and Regulation of Personalized Pricing, 29.

²²¹ BEN-SHAHAR – The Ethics and Regulation of Personalized Pricing, 29-33.

²²² The author further states that “*In order to keep the average price equal to average total cost, every dollar that is reduced for those with low willingness to pay must instead be paid by someone with high willingness to pay*” in BEN-SHAHAR – The Ethics and Regulation of Personalized Pricing, 33.

²²³ BAR-GILL, Oren – Price Caps in Multiprice Markets. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 44, no. 2 (2015): 453-476.

²²⁴ BAR-GILL, Algorithmic Price Discrimination, 4 and 21.

Another option that could be on the table would be a comparison with market practices at the time when the contract was concluded²²⁵, namely the market practice of OPP. This comparison would in turn involve personalised prices from different traders, set for a particular consumer and relating to identical or similar goods and/or services to those in the contract under review. Perhaps by knowing the different outputs of pricing algorithms, the judge will be able to understand the justification for the price and make the analysis of its reasonableness.

However, even though the comparison to market practice may be effective with many other price and remuneration-related terms, in the OPP context it would most likely not work in practice. In our view, it would also fail to meet its intended purpose. Firstly, as mentioned at the very beginning of this work, there is not much evidence of OPP practices. Although the new transparency requirement came to change that reality, the truth is that currently and in the near future it may prove to be a complex task to identify other traders with the same practice and supplying the same good or service. On the other hand, even if they are identified, it will always be difficult to make such a comparison. Even if it is the same person, traders collect and have access to different information from the consumer, plus the algorithms deployed will naturally work in different ways, which in turn could generate completely distinct and incomparable prices. Furthermore, and more important than these practical issues, is that this comparison, in our opinion, does not really make it possible to ascertain whether the term creates an imbalance between the parties to the detriment of the consumer. The comparison with the market practice of OPP, or similar ones, only allows a conclusion on whether the consumer, by virtue of that contract, is left in a less favourable position than if he or she had concluded the contract with another trader. In that sense, even if the consumer is in a more favourable position than he or she would be with other traders, that does not mean that he or she is objectively in a good position and is not being exploited by the trader through the use of ADM in OPP.

Finally, and still on the basis of what CJEU has already ruled in the context of interest rate calculations, the comparison could also take place

²²⁵ By force of the next requirement – the good faith requirement – the EC considers that only fair and equitable market practices can be considered for this assessment. EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 33.

between the method of calculation under the OPP practice and the *method of calculation generally used*²²⁶. The latter refers to the traditional price setting, *i.e.*, the one that takes into consideration production and distribution costs, stock levels, market supply and demand, and even a brief and superficial assessment of how much potential consumers are willing to pay for the product or service²²⁷. In other words, the one that leads to the non-personalised price²²⁸.

In this sense, the non-personalised price is not only relevant in triggering the unfairness test but may also play a key role in its application. However, it is important to clarify two issues that are often raised in this context. The first one concerns access to the non-personalised price. Even if one considers that the latter is covered by the new information duty, as argued in Section 3.2, the truth is that if there is no transparency (and information has not been provided), it may be difficult to access the non-personalised price. Yet, this issue can be easily overcome based on the recent doctrine that demonstrates that the right to non-personalised pricing is granted by the GDPR²²⁹. To that extent, it will not be necessary for the national court, by its own means, to identify the non-personalised price with the trader, as the consumer will be entitled to it as a consumer-data subject. As a result, with the use of non-personalised price, made available under the GDPR obligations, the unfairness assessment process would become much faster and more efficient.

The second concerns the question one could raise about to what point price differences would be considered permissible under the unfairness test. In other words, to what extent can the personalised price be higher

²²⁶ About this possibility, see: ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 14-17.

²²⁷ DE ARRUDA – Personalised Prices, 4.

²²⁸ As pointed out by the author FABRIZIO ESPOSITO, the non-personalised price “(...) *as of today clearly counts as the method of calculation generally used*” in ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 15.

²²⁹ ESPOSITO – The GDPR enshrines the right to the impersonal price, 1-13. The author develops four hypothetical scenarios based on the commitments and decisions of data controllers and consequently the attitude of consumers towards them. He analyses the scenarios under two different legal bases – consent and legitimate interest-, concluding that Article 7(4) GDPR, read together with Recitals 42 and 43 thereof, and/or Article 21(1) GDPR, as applicable, grant to consumers-data subjects the right to the impersonal price when they need it.

than the non-personalised price, without being considered of unfair nature. In this regard, some argue that it is unlikely that small variations in prices allow the term to be considered unfair²³⁰. However, in a different sense, we point out that when using the non-personalised price as a term of comparison, for the purposes of verifying the condition of *significant imbalance*, the core of the analysis should not be the *quantum* of the difference between the prices, since it is not decisive according to case law and the doctrine²³¹. Once again, it should be stressed that the *significant imbalance* is not limited to the economic value of the contract. On the contrary, it can result solely of a sufficiently serious impairment of the situation in which the consumer, as a party to the contract in question, is placed.

Therefore, if the personalised price is lower than the non-personalised price, this circumstance indicates that the consumer will be better off and, therefore, even if there may be an imbalance, it will not be to the detriment of the consumer. Conversely, if the personalised price is higher than the non-personalised price, although it is potentially exploitative, it does not necessarily imply that it is outrageous. In some cases, it could still be considered acceptable. Taking the example given by author FABRIZIO ESPOSITO of a charitable organisation, if the monthly donation from its donors is personalised, it may well be fine if properly explained to those involved²³². In such a context, it could be seen as unreasonable to consider a term as unfair only on the grounds that the personalised price is higher than the non-personalised price. On the other hand, even if the non-personalised price is only a few cents higher, there may still be an imbalance between the parties to the detriment of the consumer. An example of it is the situation where, by virtue of having to pay one cent more than the non-personalised price, the consumer is consequently obliged to pay a delivery charge (which, under the non-personalised price, he did not have). In this case, it could be argued that the term creates an imbalance between the parties to the detriment of the consumer since it subjects the consumer to a new obligation. In any case, what is relevant is for the national court analyse whether the OPP term leaves the consumer in a less favourable position or not.

²³⁰ SEARS – The Limits of Online Price Discrimination in Europe, 23.

²³¹ *Constructora Principado*, Case C-226/12, paragraph 22 – “(...) the question whether that significant imbalance exists cannot be limited to a quantitative economic evaluation (...)”.

²³² ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 17.

Moving on to the requirement of good faith, as has already been mentioned, it follows from case law that what is at stake is a fair and equitable performance by the trader towards the consumer. The key point of the analysis is therefore whether it can reasonably be assumed that the consumer would have agreed to the personalised price if he or she had entered into individual contract negotiations. In this context, where the trader does not inform the consumer that the price has been personalised on the basis of the ADM, it seems unlikely that he can be considered to have dealt fairly and equitably with the consumer and to have taken account of his legitimate interests²³³. Although the lack of transparency does not automatically make the term unfair, as noted at the beginning of the Section, it is recognised by the EC that it can have a significant influence. As follows from the EC guidance on UCTD²³⁴:

“One may thus conclude that, depending on the content of the contract term at issue and in light of the impact of the lack of transparency, the possible unfairness of a contract term can be closely related to its lack of transparency or the lack of transparency of a contract term may even indicate its unfairness. This may be the case, for instance, where consumers cannot understand the consequences of a term or are misled. Indeed, where consumers are put in a disadvantageous position based on contract terms which are unclear, hidden or misleading, or where explanations necessary to understand their implications are not provided, it is unlikely that the seller or supplier was dealing fairly and equitably with the consumer and took their legitimate interests into account” (our emphasis).

If the trader did not inform the consumer that he personalised the price on the basis of ADM, it was most probably out of fear of possible reprisals from the consumer²³⁵. Thus, in such circumstances, the trader

²³³ Some consider however that traders, insofar as they try to succeed by offering consumers the best deal available, are acting in good faith. In this sense, SICILIANI, Paolo, RIEFA, Christine, and GAMPER, Harriet – Fairness by Design: The Introduction of a Positive Duty to Trade Fairly. In *Consumer Theories of Harm – An economic approach to consumer law enforcement and policy making*. Hart Publishing, 2019, 179-209.

²³⁴ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 34.

²³⁵ A fear that has been mentioned before and gathers some evidence. *Vide*, for instance, VICTOR, FEKETE-FARKAS and LANER – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector, 146. Another possibility would be for the trader not to have informed the consumer because he was unaware of the existence of such an obligation, which, however, seems unlikely.

can never be considered to have taken the consumer's legitimate interests into account. On the other hand, this lack of transparency naturally makes it impossible for the consumer to understand the implications of the term, for instance, that it was calculated according to his willingness to pay and that the amount he paid was not the same as the one charged to other consumers.

Furthermore, the required circumstance that the consumer would have agreed to the personalised price if he had entered into individual contract negotiations may also be difficult to verify. When the personalised price is lower (than the non-personalised price would be), it is more or less clear that the consumer would accept the same if he had entered into individual negotiations²³⁶. However, when it is higher, the issue is more dubious. Even though, at first glance, it would seem that the consumer would never agree to pay more for a good or service on the basis of having a higher willingness to pay, this may not always be the case. In this respect, a well-known judgment of a national court (the UK Supreme Court) provides an interesting and relevant contribution²³⁷. The matter of the judgment was a payment due for overstaying in a parking space²³⁸. In it, the court held that a consumer who was interested in parking free of charge for two hours in a shopping centre would have reasonably agreed to the term providing for payment for overstaying, as he or she would run that risk for the advantage of being able to benefit from the parking. It thus follows from the case that some consumers may accept onerous conditions in their contracts, provided they are compensated for them²³⁹. Applied to the OPP context, although we cannot exclude such a possibility, we would say that there are few cases in which the consumer would have any economic, or other benefit²⁴⁰.

²³⁶ This aspect has only been mentioned for academic reasons since, in practice, if the analysis of the unfairness test is carried out in the same order as in this paper, a term with a lower personalised price than the non-personalised one would probably not reach the stage of the good faith requirement (as there would be no detriment to the consumer under the previous requirement).

²³⁷ UK Supreme Court, judgment of 4th November 2015, *Beavis v. ParkingEye*, Case UKSC 2015/0116.

²³⁸ In cause was a sign stating that “*failure to comply with the following will result in a Parking Charge of £85: Parking limited to 2 hours (no return within 1 hour)*” – Cited Case: *Beavis v. ParkingEye*, Case UKSC 2015/0116, paragraph 91.

²³⁹ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1259.

²⁴⁰ In this regard we refer to the charity organisation example previously mentioned (reference above).

Hence, if there is no gain to the consumer, in individual negotiations it would be unlikely that he or she would agree with the higher (personalised) price.

It follows from this analysis that, failing the transparency requirement, the OPP term will have to be subjected to the unfairness test and that, accordingly, with some adaptation and effort by the national court, it is possible to check the fairness of the personalised price, from a substantive point of view.

4.4. Scenario 2: The term fulfils the UCTD transparency requirement – is it necessarily fair under the directive?

In contrast to the previous scenario, it may be the case that the trader has fulfilled his information duty and thereby provided the consumer with all the information he or she is obliged to. In such an event, the main question that arises is whether this circumstance implies that, automatically, the OPP term is considered fair under the UCTD.

In this regard, the EC has stated that a term that is perfectly transparent under the UCTD may still be considered unfair under Article 3(1) in light of its unbalanced content²⁴¹. Even though transparency is connected to fairness, in principle, it does not automatically make a practice fair at a substantive level²⁴². However, while this may apply to the generality of the terms, it is doubtful whether it applies to terms covered by Article 4(2) of the UCTD. It appears from both the EC Guidance and the case law that such a possibility is only permissible under the context of the transparency requirement of Article 5 of the UCTD. Indeed, in view of the rationale of Article 4(2) of the UCTD, it seems inconsistent to admit the unfairness test when the purpose of the exception enshrined therein is precisely to rule out such assessment.

However, accepting that an OPP term is automatically fair, and therefore excluding the possibility of carrying out a price adequacy check, simply on the grounds that transparency duties have been met, seems to us to leave consumers in a fragile and unprotected situation, particularly when high surcharges are involved. Indeed, where the trader, using OPP,

²⁴¹ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 34.

²⁴² CHAPDELAINE – *Algorithmic Personalized Pricing*, 36.

charges less to a consumer, no significant fairness issue seems to arise, as the term would not be considered unfair in light of the requirements of the unfairness test. Although the term has not been individually negotiated and therefore the first requirement is verified, there is no significant imbalance between the parties to the detriment of the consumer, and it would hardly be contrary to the principle of good faith.

In a different sense, as outlined in Section 4.3, a surcharge will have the potential to be considered abusive in nature under Article 3(1) of the UCTD²⁴³. Not only can it create a significant imbalance between the rights and obligations of the contractual parties, to the detriment of the consumer, but also such a term will, in all likelihood, be considered contrary to the principle of good faith. Thus, if an OPP term that surcharges the consumer passes the unfairness test (meaning that it has an unfair nature), it is clear that excluding such an assessment on the grounds that the term is transparent would be harmful to consumers, who could be exploited by accepting unfair terms without being able to rely on the UCTD remedies.

Considering only the wording of Article 4(2) of the UCTD, it seems to follow that once the transparency requirement is met, a personalised price falls within the exception and no substantive control can be carried out. The term is, in principle, considered fair. As this situation can be detrimental to consumers, one could argue that this issue should have been addressed when the UCTD was amended²⁴⁴. As one of the aims of the Omnibus Directive was to bring EU consumer protection legislation up to date with market developments, alongside the inclusion of the new information duty in the CRD, the exception of Article 4(2) of the UCTD could have been reworded to exclude the price adequacy when the price is not traditionally calculated. Notwithstanding, this is of little concern since, if the transparency requirement is interpreted in accordance with what was argued in this work and given what will be developed below in respect of Article 4(2) of the UCTD, the problem will not arise and consumers will still be protected.

We must not forget that the UCTD is a minimum harmonisation directive, *i.e.*, it only sets minimum standards, leaving it to the Member States

²⁴³ In this sense, ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 7.

²⁴⁴ In this regard some point out that OPP was merely an incidental detail of the reform carried out by the Omnibus Directive. GROCHOWSKI, Mateusz – European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich. *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, (2020), 402.

to set standards higher than those laid down in the directive²⁴⁵. In this sense, even though the European legislator could make such an amendment, it would not be necessary when Member States can, in their own right, implement the substantive control of OPP. In other words, the fact that the unfairness assessment of the UCTD cannot be applied to contract terms relating to the adequacy of the price and remuneration does not preclude, because of the minimum nature of the UCTD, national fairness rules that cover the price²⁴⁶. This possibility has even been expressly confirmed by the CJEU²⁴⁷.

Therefore, to ensure a higher level of consumer protection, Member States may subject an OPP term to substantive control, even in cases where the term is drafted in clear and intelligible language. In our view, they not only can but, in fact, should²⁴⁸. Despite the literal content of the exception of Article 4(2) UCTD, we set out below some arguments that demonstrate that such provision can be interpreted and applied to personalised surcharges without any prejudice to the UCTD.

First of all, the rationale of the exception of Article 4(2) of the UCTD has no application to the case of OPP²⁴⁹. Article 4(2) of the UCTD was intended to respect and observe the principles of a free-market economy and contractual freedom of the parties, letting the market discipline the price/quality relationship, notably through supply and demand forces²⁵⁰. However, nowadays, in the face of OPP and similar practices, such a rationale seems unsuitable to the context²⁵¹. As it was made clear, in OPP, prices

²⁴⁵ Article 8 of the UCTD.

²⁴⁶ HOWELLS, TWIGG-FLESNER and WILHELMSSON – *Rethinking EU Consumer Law*, 140.

²⁴⁷ Judgment of the Court (First Chamber) of 3 June 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, Case C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309. According to that, “(...) Articles 4(2) and 8 of the Directive must be interpreted as not precluding national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which authorises a judicial review as to the unfairness of contractual terms which relate to the definition of the main subject-matter of the contract or to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods to be supplied in exchange, on the other hand, even in the case where those terms are drafted in plain, intelligible language”.

²⁴⁸ In the same sense, FRANCESCO PAOLO PATTI argues that “Price discrimination based on data shows that the exclusion of the substantive control of price terms should be repealed, as a control on the price determination mechanism is needed” in PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1271.

²⁴⁹ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 40.

²⁵⁰ As developed in the Section 4.2, to which reference is made.

²⁵¹ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1257-1258.

are not determined by market rules but instead according to consumer's willingness to pay. Accordingly, the intervention of the court will not directly interfere with the normal functioning of the market, nor will it interfere with the contractual freedom of the parties²⁵². The trader will remain free to use the OPP practice and to shape the main obligations (subject only to a limit of reasonableness)²⁵³, and the consumer will not stop looking for the most favourable offer on the market²⁵⁴. Therefore, it would not make sense to exclude the OPP term from the unfairness test on the basis of the principles of a free-market economy and contractual freedom of the parties when the price does not result from the intersection of the law of supply and demand, and the aforementioned principles are not put at risk. The concerns present in the rationale of Article 4(2) are, thus, irrelevant to OPP.

On the other hand, as prices are not set in the traditional way, the reason for exclusion by the CJEU does not hold in this case either. Recalling what was stated by the court, the exclusion pursuant to Article 4(2) of the UCTD is "*explained by the fact that no legal scale or criterion exists that can provide a framework for, and guide, such a review*"²⁵⁵. Although there is no legal framework, in the case of OPP there is a "contractual framework" that could provide a term of comparison – the alternative "contractual framework" composed of the non-personalised price. The national court here will have to examine whether the personalised price, as compared to the non-personalised price, left the consumer in a less favourable position and whether or not the trader acted in good faith. Thus, there would be a criterion that could guide such a review by the national court.

Secondly, such interpretation would be in line with the CJEU's restrictive interpretation of the exception²⁵⁶. As can be read explicitly in several

²⁵² BRANDNER and ULMER – The community directive on unfair terms in consumer contracts, 656.

²⁵³ As stated by FRANCESCO PATTI, "*apart from the ethical concerns, personalized pricing is not necessarily an evil to combat, but some limitations of contractual freedom are needed*". PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1268.

²⁵⁴ BRANDNER and ULMER – The community directive on unfair terms in consumer contracts, 656. He or she will not simply pay any price, considering the possibility of a subsequent control of its reasonableness, when there is some trader offering a lower price (personalised or not).

²⁵⁵ Cf. above.

²⁵⁶ ESPOSITO – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers, 40.

judgments, “Article 4(2) of Directive 93/13 laying down an exception to the mechanism for reviewing the substance of unfair terms, such as that provided for in the system of consumer protection put in place by that directive, that provision must be strictly interpreted” (our emphasis)²⁵⁷. Although it is not certain that the CJEU would, on the basis of the restrictive interpretation, refrain from applying Article 4(2) to an OPP term, the fact is that from its own position it seems to follow that, if the grounds of the exception are not met, the provision should not be applied. Thus, a national court, on the basis of case law, could make this restrictive interpretation and exclude the term OPP from the scope of the exception.

In sum, it follows from the analysis conducted in this section that an OPP term, just because it is drafted in clear and intelligible language, should not imply that it is automatically considered to be fair. As explained, even if transparent, an OPP term, in particular when there is a personalised surcharge, can be potentially exploitative. In this sense, although it appears from the letter of Article 4(2) that the exception applies to OPP, given that the UCTD is only a minimum harmonisation directive, Member States, on the basis of the arguments set out, may extend the unfairness test to the adequacy of the price, in order to encompass OPP. In the following section, we will briefly analyse this issue in the light of the Portuguese legal framework, since the latter has broadened the scope of the unfairness assessment to contract terms relating to the adequacy of the price or remuneration.

4.5. The Portuguese law approach

For the context of OPP, the relevant Portuguese legal framework comprises Decree Law (DL) 446/85 of 25 October²⁵⁸, known as Regime of Standard Contractual Clauses (“*Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*”) that governs the unfair terms, Law 24/96 of 31 July which concerns the Consumer Protection Act (“*Lei da Defesa do Consumidor*”)²⁵⁹ and DL 24/2014 of 14 February that transposed the CRD²⁶⁰.

²⁵⁷ *Matei*, Case C-143/13, paragraph 49.

²⁵⁸ DL 446/85 of 25 October, *Diário da República* no. 246/1985, Serie I of 1985-10-25, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.

²⁵⁹ Law 24/96 of 31 July, *Diário da República* no. 176/1996, Serie I-A of 1996-07-31, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.

²⁶⁰ DL 446/85 of 25 October, *Diário da República* no. 32/1985, Serie I of 2014-02-14, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.

It is also relevant to include, for the purposes of the present analysis, the DL 109-G/2021 of 10 December²⁶¹, which partially transposed the Omnibus Directive and amended DL 24/2014 of 14 February, adding a new information item to the list of Article 4(1) – the information about the use of ADM in OPP. Although this transposition was express and the legislator did not go beyond what is provided for in the UCTD, in the Portuguese case an OPP term becomes less worrisome from the consumer's point of view, due to the national regime of unfair terms – *i.e.*, the Regime of Standard Contractual Clauses.

Primarily, due to its scope of application. Contrary to the UCTD, the Regime of Standard Contractual Clauses does not make any limitation in terms of content. The exclusion of terms relating to the main obligations of the contract, foreseen in Article 4(2) of the UCTD, was not transposed into the Portuguese legal framework. Thus, under Portuguese law, an OPP term may be subject to the unfairness test. Accordingly, in light of the Regime of Standard Contractual Clauses, a term will be considered abusive when it is contrary to good faith, taking into account, for that purpose, the principles of trust protection and primacy of materiality²⁶². Although the unfairness test of Article 3 of the UCTD has not been expressly transposed (with no reference to the significant imbalance in determining the consumer), according to national doctrine, it should be used in the interpretation of Portuguese law²⁶³.

Secondly, the framework regarding the unfair terms is generally recognised as being more protective than that provided by the UCTD with regard to transparency²⁶⁴. Accordingly, under Article 5 of the Regime of Standard Contractual Clauses, the terms must be communicated in full to the adhering parties²⁶⁵. Yet, simple communication is not enough²⁶⁶. The insertion of a term in a contract depends on full and effective knowledge of the terms being made possible by those using common diligence

²⁶¹ DL 109-G/2021 of 10 December, *Diário da República* no. 238/2021, Serie I of 2021-121-10, 1st supl.

²⁶² Articles 15 and 16 of the Regime of Standard Contractual Clauses.

²⁶³ For more information on the topic, please see: CARVALHO, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*. 7th. Almedina, 2020, 169.

²⁶⁴ ESPOSITO, GAMBÔA MACHADO, and GROCHOWSKI – Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas, 83-111.

²⁶⁵ Article 5(1) of the Regime of Standard Contractual Clauses.

²⁶⁶ CARVALHO – *Manual de Direito do Consumo*, 130.

(“*comum diligência*”)²⁶⁷. Contrary to the UCTD, where to assess transparency, it was defined (by jurisprudence and *a posteriori*) the standard of the average consumer²⁶⁸, under Portuguese law, the relevant standard is the one of common diligence, assessed taking into account the habits and level of culture of the Portuguese people²⁶⁹. The advantage of this standard is that it is variable, depending not only on the capacity and contractual level of the consumer but also on the extent and complexity of the term in question²⁷⁰. Moreover, this variable standard ends up making the duty of communication equally variable. The latter will differ in terms of extent and level of depth, depending on the content of the contract and the specific person with whom it is concluded²⁷¹.

In addition to the duty to communicate, the Regime of Standard Contractual Clauses also imposes a duty to inform and to provide clarification – Article 6 (1) and (2). The former requires the trader to clarify all terms that may be unclear. The analysis of the need for explanation should be made according to the circumstances, namely the nature and condition of the person (including his or her cultural level revealed during the negotiation)²⁷². Once again, the extent and intensity of the duty of information varies, and in this case, according to the condition of the party.

Thus, as recognised by the doctrine, the Regime of Standard Contractual Clauses ensures consumer protection, as well as an imperative of transparency, more expansive than the UCTD, since it imposes on the trader communication and information duties that, in the face of vulnerable consumers, are proportionally intense²⁷³. This framework and the fact that an OPP term is not excluded, *ab initio*, from the unfairness test, allows us to conclude that the Portuguese legal system may offer a more adequate protection in the context of OPP.

²⁶⁷ Article 5(2) of the Regime of Standard Contractual Clauses.

²⁶⁸ See Section 4.2.

²⁶⁹ CARVALHO – *Manual de Direito do Consumo*, 133.

²⁷⁰ ESPOSITO, GAMBÔA MACHADO, and GROCHOWSKI – *Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas*, 95.

²⁷¹ ESPOSITO, GAMBÔA MACHADO, and GROCHOWSKI – *Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas*, 95.

²⁷² CARVALHO – *Manual de Direito do Consumo*, 138.

²⁷³ ESPOSITO, GAMBÔA MACHADO, and GROCHOWSKI – *Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas*, 96.

4.6. Consequences of the term's unfairness

As briefly noted in Section 4.1, once the three requirements of Article 3(1) of the UCTD are met, the term is declared unfair and shall “*not be binding on the consumer*” – Article 6(1) of the UCTD. The rest of the contract will only be binding if it is capable of continuing to exist without the unfair term²⁷⁴. This is a mandatory provision that, according to the CJEU, “*aims to replace the formal balance which the contract establishes between the rights and obligations of the parties with an effective balance which re-establishes equality between them*”^{275 276}.

The notion of “*not be binding on the consumer*” should be interpreted as implying the invalidity (nullity) of unfair contractual terms since this appears to be the solution which best and most effectively achieves the protection sought²⁷⁷. As the CJEU has already pointed out, “*(...) Article 6(1) of Directive 93/13 must be interpreted as meaning that a contractual term held to be unfair must be regarded, in principle, as never having existed, so that it cannot have any effect on the consumer*”²⁷⁸. Therefore, the declaration by a court that such a term is unfair should, in principle, have the effect of restoring the consumer to the situation he would have been in if that term had never existed²⁷⁹.

In this sense, the UCTD enshrines a principle that unfair contractual terms must be set aside. Thus, under Article 6(1), it does not seem to be admissible for a national court to replace or modify a term found to be unfair by a fairer one. Allowing a national court to review the content

²⁷⁴ Article 6(1) *in fine*.

²⁷⁵ In this sense, Judgment of the Court (First Chamber), 30 May 2013, *Asbeek Brusse*, Case C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, paragraph 38 with references to Judgment of the Court (First Chamber), 14 June 2012, *Banco Español de Crédito*, Case C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, paragraph 40, and Judgment of the Court (First Chamber), 21 February 2013, *Banif Plus Bank*, Case C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, paragraph 20.

²⁷⁶ This imperative nature implies that this provision is binding on all parties and authorities and that, in principle, it cannot be circumvented or deviated from. Additionally, it does not seem to be possible for consumers to waive this protection. EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 38.

²⁷⁷ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 38.

²⁷⁸ Our emphasis. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2016, *Gutiérrez Naranjo*, Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, paragraph 61.

²⁷⁹ *Gutiérrez Naranjo*, Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15, paragraph 61.

of an unfair contract term would mean that the term in question would remain partially binding and that traders would benefit to some extent from the use of such term²⁸⁰. Consequently, the aim of dissuading traders from using unfair terms – one of the main aims of the UCTD – would be frustrated²⁸¹. For these reasons, case law has reinforced the prohibition of revision of terms. As is clear from the Case *Banco Primus*²⁸²:

“(...) it follows from the wording of Article 6(1) of Directive 93/13 that national courts are merely required to exclude the application of an unfair contractual term in order that it may not produce binding effects with regard to the consumer, without being empowered to revise the content of that term. That contract must continue in existence, in principle, without any amendment other than that resulting from the deletion of the unfair terms, in so far as, in accordance with the rules of domestic law, such continuity of the contract is legally possible” (our emphasis).

In view of the above, although the principle that unfair contract terms simply have to be excluded from the contract (while the rest of the contract continues to bind the parties), it does not raise difficulties in most cases, the same cannot be said in the case of an OPP term, since it is doubtful that the contract would be able to subsist without such a term. Indeed, in our view, that would be very unlikely.

The continuity of the contract without the unfair contract term is assessed under the applicable national law and involves a case-by-case analysis of whether the contract can legally be performed without the unfair contract term²⁸³. Thus, such an assessment cannot be based on purely economic considerations, meaning that it does not matter whether the trader would not have concluded the contract without the unfair term

²⁸⁰ Traders could then use unfair terms without any risk of them being excluded, as the court would always choose to modify them. PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1260.

²⁸¹ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1260. In addition, the EC argues that to admit such a hypothesis would not only undermine the effectiveness of Article 6(1) UCTD, but also, inconsistently, frustrate the objective of combating the continued use of unfair contract terms reflected in Article 7(1) UCTD (in EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 39).

²⁸² *Banco Primus*, Case C-421/14 paragraph 71. In the same sense: *Banco Español de Crédito*, C-618/10, paragraph 65; *Asbeek Brusse*, C-488/11, paragraph 57.

²⁸³ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41.

or whether the removal of the term makes the contract less attractive from an economic point of view²⁸⁴. What is relevant is that continuation is *legally possible* under national law. Nevertheless, we recognise that this assessment may not always be easy due to its complexity and may generate some disagreement/confusion.

In the case of OPP, we are dealing with the remuneration of the contract, one of the essential contractual obligations, which constitutes a key part of its object. Therefore, it seems to us that it would be difficult, under national law, to maintain a contract in legal terms without one of its main obligations. Although it can be argued on the basis of some case law, where it is stated that the reduction to zero of the interest rates in case of loans (in violation of the Consumer Credit Directive²⁸⁵) is possible under EU law, that it would also be possible to maintain a contract with an OPP equal to zero, we are somewhat sceptical about such a possibility. In fact, this does not seem to us to follow from the majority of case law²⁸⁶ nor from policymakers. In this regard, the EC has clarified that “*a contract cannot be performed, i.e. ‘cannot continue in existence’, if a term defining its main subject matter or a term that is essential for the calculation of the remuneration to be paid by the consumer is removed*”²⁸⁷. This means that if the unfairness of a term which is essential for calculating the remuneration leads to the non-performance of the contract, *a fortiori*, the unfairness of the remuneration/price term itself also leads to.

At this point, it seems reasonable to conclude that, the OPP term having been declared unfair, it should be excluded and, consequently, since

²⁸⁴ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41.

²⁸⁵ Directive 2008/48/EC Of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, *OJ L 133*, 22.5.2008, 66–92.

²⁸⁶ There is case law that consider that contracts cannot be performed without terms of designation of the currency (in which payments must be made) or determining the exchange rate (in order to calculate the repayment instalments of a loan denominated in a foreign currency). *A fortiori*, in the case of the OPP, the contract cannot be performed either without such a term. About these cases *vide*: *Andriucic*, Case C-186/16, paragraphs 35-37 and *Kásler*, Case C-26/13, paragraphs 80-81.

²⁸⁷ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41. Judgment of the Court (Third Chamber) 14 March 2019, *Dunai*, Case C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207, paragraph 52.

the contract has no way of existing, the latter would also, as a whole, be considered null and void. Notwithstanding the above, the CJEU has consistently recognised that, in certain and exceptional circumstances, the national courts may replace the unfair contract term. Such a possibility has been grounded, firstly, on the ratio of Article 6(1) UCTD. In this respect, the EC highlights that “Article 6(1) is intended to restore the balance between the parties by removing unfair terms from the contract, in principle preserving the validity of the contract as a whole, and not to render all contracts containing unfair terms null and void”²⁸⁸. And secondly, on the negative consequences for the consumer resulting from the nullity of the contract²⁸⁹.

Although this solution does not follow from the wording of the Article 6(1) UCTD and may sound slightly contradictory to what was initially said (about the prohibition of revision), it is not out of place and may in fact safeguard some situations in which the consumer would be truly harmed by the nullity of the contract. On the other hand, it should be noted that this possibility of replacing is not carried out by any means. In principle, the replacement allowed by the CJEU is limited to a supplementary provision of national law. Such a provision, in turn, must be understood as the rule “*which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established*”, as follows from Recital 13, which is often referred to by case-law in this specific context. The reason for this limitation is that these provisions are presumed not to contain unfair terms²⁹⁰. Whether or not this notion can be interpreted extensively, thus encompassing general provisions of contract law, is a question that has been controversial. The case law, notably in the Case *Dziubak*, held that general provisions cannot be used to fill the gap caused by the exclusion of a term which has been found to be unfair, on the grounds that:

²⁸⁸ Our emphasis. EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41.

²⁸⁹ Using the example given by the EC: if the consumer had an obligation to repay the entire loan immediately and not in the agreed instalments. EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41.

²⁹⁰ Judgment of the Court (Third Chamber) of 3 October 2019, *Dziubak*, Case C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819, paragraph 59. *Kásler*, C-26/13, EU:C:2014:282, paragraph 81, and Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 March 2019, *Abanca Corporación Bancaria and Bankia*, joined cases C-70/17 and C-179/17, EU:C:2019:250, paragraph 59.

“(...) even assuming that provisions such as those to which the national court refers [general ones], given their general nature and the need to make them effective, can in practice replace the unfair terms concerned by the mere act of substitution by the national court, they do not appear, in any event, to have been subject to a specific assessment by the legislature with a view to establishing that balance, such that those provisions are not covered by the presumption [if not containing unfair terms] (...)”²⁹¹.

In a different sense, some scholars²⁹² and even the EC seem to admit that this filling of gaps can be done with general rules, instead of the national courts being limited only to specific provisions that regulate the rights and obligations under that contract²⁹³. This does not seem to us to be unreasonable to the extent that, firstly, there are general provisions which are covered by the presumption. From the joint application of Recital 13 with Article 1(2) UCTD, it results that implicitly they have a fair nature. Otherwise, the terms reflecting it could not be excluded from the scope of the Directive under Article 1(2) UCTD. Secondly, because it would not be a creative adaptation of the contract, so that the principle of prohibition of revision of terms would be respected²⁹⁴.

Returning to the specific case of OPP, the elimination of this term, on the grounds of its unfair nature, would lead to the nullity of the contract as a whole. It is therefore appropriate to analyse it in light of the exception introduced by the case law. In this context, two major questions arise. The first is whether the elimination of the contract has negative consequences for the consumer, taking into account all the relevant provisions of national law. A positive answer leads us to the second question, namely, how the term is replaced by the supplementary rules of national law.

As regards the first question, it follows from a large body of case law that the negative consequences of the termination of the contract may be

²⁹¹ *Dziubak*, Case C-260/18, paragraph 61.

²⁹² For a more detailed analysis, please see: ESPOSITO – *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision*, 538-551.

²⁹³ Alternatively, the EC also mentions the possibility of using statutory provisions to replace the term unfair – in EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 42. Additionally, there are those who present a more technological solution of personalised gap-filling, namely PATTI – *Personalized Unfair Terms Control*, 1262.

²⁹⁴ Additional arguments are put forward by the author FABRIZIO ESPOSITO in *ESPOSITO – Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision*, 538-551.

assessed, on the one hand, by considering whether the consumer is “penalised” by the termination and, on the other, whether the continuation of the contract is contrary to the consumer’s interests²⁹⁵. This will therefore require a case-by-case analysis. Moreover, case law (*e.g.*, *Kásler*) adds that the consequences have to be *particularly unfavourable* for the consumer. An illustrative example of this is the situation of the *Kasler’s* main proceedings, where the termination of a consumer credit agreement denominated in foreign currency would lead to the outstanding balance of the loan becoming immediately due (which, in turn, would be very likely to exceed the consumer’s financial capacities)²⁹⁶. As a result, the consumer would be severely penalised, unlike the trader, who would ultimately not be dissuaded from inserting such terms in its contracts.

In the case of an agreement with an OPP term, what the national court will have to ascertain is whether the termination of the contract will give rise to some *particularly unfavourable consequences*. That assessment will, of course, depend on the circumstances of the individual case. If, by hypothesis, it does not give rise to the mentioned consequences, the contract terminates without major issues. On the contrary, if it does, we are confronted with a second question which concerns the replacement of the unfair term of the contract by the supplementary rule of national law. In this context, the problem of what should apply in the context of OPP arises.

A first solution would be for the national court to invite the parties to negotiate a new price. This possibility is expressly recognised in case law, in particular in *Banca B.*:

“[if the] annulment of the contract would have particularly unfavourable consequences for the consumer and there are no supplementary provisions under national law, the national court must (...) take all the measures necessary to protect the consumer from the particularly unfavourable consequences which could result (...). In circumstances such as those in question in the main proceedings, nothing precludes the national court from, *inter alia*, inviting the parties to negotiate with the aim of establishing the

²⁹⁵ *Dunai*, Case C-118/17, paragraphs 54-55; Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 August 2018, *Banco Santander*, joined cases C-96/16 and C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, paragraph 74; Judgment of the Court (First Chamber) of 21 January 2015, *Unicaja Banco and Caixabank*, joined cases C-482/13, C-484/13, C-485/13 and C-487/13, EU:C:2015:21, paragraphs 33-34.

²⁹⁶ *Kásler*, Case C-26/13, paragraph 84.

*method for calculating the interest rate, provided that that court sets out the framework for those negotiations and that those negotiations seek to establish an effective balance between the rights and obligations of the parties taking into account in particular the objective of consumer protection underlying Directive 93/13*²⁹⁷.

Indeed, as recognised by the EC, the prohibition of revision does not affect the parties to amend or replace an unfair contract term with a new one within their contractual freedom²⁹⁸. Thus, in the absence of a supplementary provision, the court could try to get the parties to reach an agreement.

Alternatively, following on from what has been developed in the previous chapters, a potential solution would be the replacement with a non-personalised price. In such a case, at least, the obstacles raised in *Dziubak* would not arise. As noted, the CJEU limited substitution to supplementary provisions of national law on the basis that such provisions are presumed not to contain unfair terms (as they were subject to a specific assessment by the legislature with a view to establishing a balance between the parties), however, in the case of the non-personalised price, such a balance is also achieved but through the functioning of the market. Moreover, this replacement would not require creativity on the part of the judge. The price would not result from the judge's will or from what he understands to be the fairest but from the intersection of the law of supply and demand.

Without prejudice to the above, regarding to this last alternative, although it is intended to restore the balance between the parties, ensuring the protection of the consumer, one cannot fail to bear in mind the rationale of the exception introduced by case law – *e.g. Kásler*. Even though the exception came to rescue some contracts from overall invalidity, it was justified essentially by the need to ensure the dissuasive effect of the prohibition to use unfair terms²⁹⁹. It is therefore not certain that if all contracts with unfair OPP terms could be replaced by the non-personalised price, such an effect would be produced among traders. They would

²⁹⁷ Judgment of the Court (First Chamber) of 25 November 2020, *Banca B. SA*, Case 269/19, ECLI:EU:C:2020:954, paragraph 45.

²⁹⁸ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 41.

²⁹⁹ PATTI – Personalized Unfair Terms Control, 1261. ESPOSITO – *Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision*, 542.

most likely risk setting an unfair personalised price, since the worst that would happen to them would be that the price would be reduced to the non-personalised one.

In addition to the above and bearing in mind the referred aim of restoring the consumer to the situation he or she would have been in if that term had never existed, the CJEU has recognised that if consumers make payments on unfair terms, they should be entitled to the reimbursement of such payments^{300 301}. Therefore, if the entire contract is terminated, the consumer will be entitled to a full refund, facing other remaining contractual consequences which the termination of the contract will entail. If, on the contrary, the contract is maintained, but the term is removed, and the gap resulting from the removal of the OPP term is filled at a price agreed between the parties, and/or with the non-personalised price (in the event of such a hypothesis being admitted), the consumer will be entitled to reimbursement of the difference.

³⁰⁰ *Gutierrez Naranjo*, joined cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15, paragraphs 62-63: “It follows that the obligation for the national court to exclude an unfair contract term imposing the payment of amounts that prove not to be due entails, in principle, a corresponding restitutory effect in respect of those same amounts”.

³⁰¹ EC – *Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, 43.

5

CONCLUSIVE REMARKS

The aim of the present work was to deepen the study of the practice of online price personalisation, from the perspective of EU consumer law, namely in light of the UCTD. It focused essentially on the issue of transparency, due to the implementation, by the Modernisation Directive, of a new pre-contractual information duty – Article 6(ea).

As we have seen, price personalisation can, to a certain extent, be detrimental to consumers. In this respect, we have identified a number of situations where their autonomy, their trust in the market and their rights (as consumers, but also as data subjects) may be jeopardised. Notwithstanding, this does not mean that the practice is necessarily harmful to consumers. As noted, from an economic point of view, online price personalisation may have very positive effects on consumer markets. Having said that, we argue that if online price personalisation is implemented in a fair, responsible, and transparent manner, it is possible to benefit from those effects – *e.g.*, the fostering of competition and increased market access –, without harming consumers.

In this context, we believe that the new Article 6(ea) will play a very important role, as it empowers consumers to make more informed and independent decisions. It is, however, necessary to interpret it more than literally. From our point of view, in order to a trader comply with Article 6(ea), it is not enough to state something like “*the price was personalised based on automated decision-making*”. The trader will have to inform consumers about the main factors used to estimate willingness to pay, as well as the non-personalised price. Additionally, that information should be made

available in a clear and prominent way, at the right time and close to where the consumer places its order.

The following issue addressed in this work was related to how this new information duty relates to the transparency requirement of the UCTD. This is particularly relevant in light of Article 4(2) UCTD, according to which only contractual terms relating to the price that are unclear (*i.e.*, that do not comply with the transparency requirement) may be subject to the unfairness test of Article 3 UCTD provided therein. In this regard, we thus argue that a concise articulation should be made between the two requirements to avoid double standards. In fact, if Article 6(ea) is interpreted in the same sense as we have argued in this work, there will not be much divergence between the fulfilment of both requirements.

At this point, the analysis considered two essential scenarios: one where the term is not transparent and one where it is. As regards the former, it is clear that in the light of the UCTD, the online personalised term will have to be subjected to the unfairness test by virtue of Article 4(2). Yet, there are some obstacles, from a substantive point of view, on the assessment of the unfair nature of the term, with which national courts will, naturally, be confronted. In this sense, we argue that, with some adaptation and effort by the national court, all of them are surmountable.

In what concerns the second requirement of the unfairness test – the creation of a *significant imbalance between the rights and obligations of the contractual parties to the detriment of the consumer* –, which requires, according to the CJEU, a comparative element, we suggest that national courts, in the absence of supplementary rules, turn to the non-personalised price and see if the personalised one has left the consumer in a less favourable position. Such a solution is very in line with case law, as it results from the *method of calculation generally used*³⁰², and it is, in practical terms, more feasible than other potential solutions. With regard to the third requirement – *good faith* –, although some difficulties may also arise, it should be borne in mind that (i) if the trader does not inform the consumer that the price has been personalised on the basis of the ADM, it is unlikely that he or she has dealt fairly and equitably with the consumer and taken into consideration its legitimate interests; and (ii) if there is no gain to the consumer, in individual negotiations, it is unlikely that he or she would agree with a higher (personalised) price.

³⁰² *Banco Primus*, Case C-421/14, paragraph 67, second indent.

Moving on to the second scenario, from our analysis we conclude that the term, albeit transparent, should not automatically be considered fair, as there is a high likelihood of personalised surcharges being of an abusive nature under Article 3 of the UCTD. Accordingly, for consumer protection purposes, the personalised price term should therefore not be covered by the exception of Article 4(2) UCTD. We base this understanding, on the one hand, on the rationale of Article 4(2) itself, since in online price personalisation prices are not determined by market rules but instead according to consumer's willingness to pay. And, on the other hand, on the CJEU's restrictive interpretation of the exception.

In the end, since the UCTD is a minimum harmonisation directive, it will be within the discretion of Member States to extend (or not) the unfairness test to the adequacy of the price in order to encompass price personalisation terms. Even though the practice of online price personalisation does not yet appear to be fully widespread, it undoubtedly has a significant potential for growth, given the advances in technology that we have witnessed³⁰³. It would therefore be desirable for Member States to extend this assessment in order to protect their consumers. In this regard, Portugal is one of the European countries that has already done so. As a result, we can say that, in the context of online price personalisation, its legal framework will be one of those offering the most adequate protection for consumers.

Finally, regarding the practical consequences of a price personalisation term being considered unfair, in our view, the elimination of this term should lead to the nullity of the contract as a whole. However, if the annulment of the contract gives rise to some *particularly unfavourable consequences* for the consumer, the execution of the contract should continue, with the term being replaced. For that replacement, two possible solutions may arise. The first one is for the national court to invite the parties to negotiate a new price. The second one is to replace a supplementary rule of national law. In the absence of this rule, the national court will have to rely on alternatives, such as the non-personalised price, being certain that such a solution may not be ideal since it will most likely not produce the desired dissuasive effect on the trader.

³⁰³ DE ARRUDA – Personalised Prices, 71.

6

REFERENCES

- AKON, Melvin Tjon – Personalised Pricing Using Payment Data: Legality and Limits under European Union and Luxembourg Law. *European Business Law Review*. Wolters Kluwer. Vol. 31, no. 5 (2020), pp. 947 – 976.
- ANGWIN, Julia, and MATTIOLI, Dana – Coming Soon: Toilet Paper Priced Like Airline Tickets. *The Wall Street Journal* (September 2012).
- ARMSTRONG, Mark – Price discrimination. *MPRA Paper*. No. 4693 (2006): pp. 1-33.
- ATAMER, Yesim M. – Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics. *The Modern Law Review* (2017): pp. 624-660.
- BAR-GILL, Oren – Price Caps in Multiprice Markets. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 44, no. 2 (2015): pp. 453-476.
- BAR-GILL, Oren – Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)Perceptions. *University of Chicago Law Review*, Vol. 86, no. 5 (May 2018): pp. 18-32.
- BEN-SHAHAR, Omri, and SCHNEIDER, Carl E. – *More than you wanted to know – The failure of mandated disclosure*. New Jersey: Princeton University Press (2014).
- BEN-SHAHAR, Omri – The Ethics and Regulation of Personalised Pricing. Macalester College, 2017, unpublished master thesis.
- BORGESIU, Frederik Zuiderveen – Online Price Discrimination and Data Protection Law. *Amsterdam Privacy Conference*. Amsterdam: Institute for Information Law, University of Amsterdam (2015), pp. 1-20.
- BORGESIU, Frederik Zuiderveen, and POORT, Joost – Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of Consumer Policy*, Vol. 40 (2017): pp. 347-366.
- BOURREAU, Marc, and DE STREEL, Alexandre – *The regulation of personalised pricing in the digital era*. DAF/COMP/WD 150. OECD (2018): pp. 2-15.
- BRANDNER, Hans Erich, and ULMER, Peter – The community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by de EC Commission. *Common Market Law Review*, (1991): pp. 647-662.

- CARROLL, Kathleen, and COATES, Dennis – Teaching Price Discrimination: Some Clarification. *Southern Economic Journal*, Vol. 66, no. 2 (October 1999): pp. 466-480.
- CARVALHO, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*. 7th. Almedina, 2020.
- CHAPDELAINE, Pascale – Algorithmic Personalised Pricing. *Journal of Law & Business*, Vol. 17, no. 1 (2020): pp.1-47.
- CHEN CHEN, Yu, AN SHANG, Rong, and YU JAO, Chen – The effects of information overload on consumers’ subjective state towards buying decision in the internet shopping environment. *Electronic Commerce Research and Applications*, Vol. 8, no. 1 (2009): pp. 48-58.
- CONSUMERS INTERNATIONAL and MOZILLA FOUNDATION – *A consumer investigation into personalised pricing*. Study (2022), pp. 1-42.
- DE ARRUDA, Elisa Schenfel – Personalised Prices: Striving for Transparency from Data Protection and European Consumer Law Perspective. Lisbon, 2020, Master Thesis.
- DE STREEL, Alexandre, and JACQUES, Florian – Personalised pricing and EU law. In *30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS): “Towards a Connected and Automated Society”*. Helsinki: International Telecommunications Society (ITS), 2019, pp.1-30.
- ESPOSITO, Fabrizio – A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy. *Journal of Consumer Policy*, (2017): pp. 193-217.
- ESPOSITO, Fabrizio – Dziubak Is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection. *European Review of Contract Law*, Vol. 16, no. 4 (2020): pp. 538-551.
- ESPOSITO, Fabrizio – Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers. *CeDIE Working Papers*, Vol. 2 (2020): pp. 5-43.
- ESPOSITO, Fabrizio – The GDPR enshrines the right to the impersonal price. *Computer Law and Security Review*, Vol. 45 (2022): pp. 1-13.
- ESPOSITO, Fabrizio, MACHADO, Leonor, and GROCHOWSKI, Mateusz – Consumidores vulneráveis e cláusulas abusivas: uma análise jurídica e económica. *Católica Law Review*, Vol. VI, no. 2 (2022): pp. 83-111.
- GRAAF, de Tycho – Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing. *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 8, no. 5 (2019): pp. 184-193.
- GRAEF, Inge – Algorithms and Fairness: What Role for Competition Law in Targeting Price Discrimination Towards End Consumers? *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 24, no. 3 (2018): 541-559.
- GROCHOWSKI, Mateusz – European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich. *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, (2020): pp. 387-422.
- GROCHOWSKI, Mateusz, JABLONOWSKA, Agnieszka, LAGIOIA, Francesca, and SARTOR, Giovanni -Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race? *Technology and Regulation*, (2022): pp. 36-47.
- GROCHOWSKI, Mateusz, JABLONOWSKA, Agnieszka, LAGIOIA, Francesca, and SARTOR, Giovanni -Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises. *Critical Analysis of Law (CAL)*, Vol. 8, no. 1 (2021): pp. 43-63.
- HACKER, Philipp – Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. *European Review of Private Law*, Vol. 25, no. 3 (2017): pp. 651 – 677.

- HELBERGER, Natali, BORGESIU, Frederik Zuiderveen, and HOHFELD, Agustin Reyna – The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law. *Common Market Law Review*, Vol. 54, no. 5 (2017): pp. 1427-1465.
- HILDEBRANDT, Mireille – Profiling into the future: An assessment of profiling technologies in the context of Ambient Intelligence. *Fidis Journal*, Vol. 1 (2007): pp. 1-20.
- HOWELLS, Geraint, TWIGG-FLESNER, Christian, and WILHELMSSON, Thomas – *Rethinking EU Consumer Law*. London and New York: Routledge, 2018.
- LOOS, Marco, and LUZAK, Joasia – *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services – STUDY*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Union, Brussels: European Parliament, 2021, pp. 30-31.
- LYNSKEY, Orla, MICKLITZ, Hans-W, and ROTT, Peter – Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices. In *EU CONSUMER PROTECTION 2.0 – Structural asymmetries in digital consumer markets*. Brussels: BEUC, 2021, pp. 93-145.
- MALGIERI, Gianclaudio, and COMANDÉ, Giovanni – Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, Vol. 7, no. 3 (2017): pp. 1-36.
- MICKLITZ, Hans-W., and REICH, Norbert – The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD). *Common Market Law Review*, Vol. 51, no. 3 (2014): pp. 771 – 808.
- MILLER, Akiva – What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. *Journal of Technology Law and Policy*, Vol. 19 (2014): pp. 43-98.
- PATTI, Francesco Paolo – Personalised Unfair Terms Control: EU Law Meets Innovative US Doctrines. *European Review of Private Law*, Vol. 28, no. 6 (2020): pp. 1249 – 1272.
- PENG, Minjing, XU, Zhicheng, and HUANG, Haiyang – How Does Information Overload Affect Consumers' Online Decision Process? An Event-Related Potentials Study. *Frontiers in Neuroscience*, Section Decision Neuroscience, Vol. 15 (October 2021): pp. 1-11.
- PHILLIPS, R. L – *Pricing and Revenue Optimization*, Stanford: Stanford University Press, 2005.
- POLUDNIAK-GIERZ, Katarzyna – Sanctions for Lack of Fulfilment of Information Duties: Searching for an Adequate Regulatory Model for Personalised Agreements. *European Review of Private Law*, Vol. 28, no. 4 (2020): pp. 817 – 839.
- POORT, Joost, and BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen – Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review – Journal on internet regulation*, Vol. 8, no. 1 (2019): pp. 1-20.
- POORT, Joost, and BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen – Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price? In *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*. Cambridge University Press, 2021, pp. 174-189.
- RAMSAY, Ian – Framework for regulation of the consumer marketplace. *Journal of Consumer Policy*, Vol. 8 (1985): pp. 353-372.
- SCHOFIELD, Alex – Personalised pricing in the digital era. *Competition Law Journal*, Vol. 18, no. 1 (2019): pp. 36-44.
- SEARS, Alan M – The Limits of Online Price Discrimination in Europe. *The Columbia Science & Technology Law Review*, Vol. 21 (2019): pp. 2-50.

- SICILIANI, Paolo, RIEFA, Chrisitine, and GAMPER, Harriet – Fairness by Design: The Introduction of a Positive Duty to Trade Fairly. In *Consumer Theories of Harm – An economic approach to consumer law enforcement and policy making*. Hart Publishing, 2019, pp. 179-209.
- STEPPE, Richard – Online Price Discrimination and Personal Data: A General Data Protection Regulation Perspective'. *Computer Law & Security Review*, Vol. 33, no. 6 (2017): pp. 768-785.
- VALE, Sebastião Barros – The Omnibus Directive and online price personalization: a mere duty to inform? *European Journal of Privacy Law & Technologies* (June 2021): pp. 1-14.
- VAN BOOM, Willem H., VAN DER REST, Jean-Pierre, VAN DEN BOS, Kees, and DECHESNE, Mark – Consumers Beware: Online Personalised Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase. *Social Justice Research*, Vol. 33 (2020): pp. 331-351.
- VAN DER REST, Jean Pierre, SEARS, Alan M., MIAO, Li, and WANG, Lorna – A note on the future of personalised pricing: cause for concern. *Journal of Revenue and Pricing Management*, Vol. 19 (2020): pp. 113-118.
- VICTOR, Vijay, FEKETE-FARKAS, Maria, and LANER, Zoltan – Consumer Attitude and Reaction towards Personalised Pricing in the E-Commerce Sector. *Journal of Management and Marketing Review*, Vol. 4, no. 2 (2019): pp. 140-148.
- VULKAN, Nir, and SHEM-TOV, Yotam – A note on fairness and personalised pricing. *Economics Letters*, (2015): pp. 179-183.
- WAGNER, Gerhard, and EIDENMÜLLER, Horst – Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalised Transactions. *The University of Chicago Law Review*, (2019): pp. 581-609.
- WILHELMSSON, Thomas, and TWIGG-FLESNER, Christian – Pre-contractual information duties in the *acquis Communautaire*, *European review of contract law*, Vol. 2, no. 4, (2006): pp. 441-470.
- WONG, Benjamim – Online personalised pricing as prohibited automated decision-making under Article 22 GDPR: a sceptical view. *Information & Communications Technology Law*, Vol. 30 (2021): pp. 193-207.

Case Law

- Judgment of the Court (First Chamber), 14 March 2013, *Azis*, Case C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 16 January 2014, *Constructora Principado*, Case C-226/12, EU:C:2014:10.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 26 January 2017, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, Case C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60.
- Judgment of the Court (Ninth Chamber) of 26 February 2015, *Matei*, Case C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127.
- Judgment of the Court (Ninth Chamber) of 30 April 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, Case C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.
- Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 September 2017, *Andriiciuc*, Case C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703.

- Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 July 2016, *Verein für Konsumentenforschung v Amazon*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.
- Judgment of the Court (Third Chamber) of 23 April 2015, *Van Hove*, Case C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 3 June 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Case C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309.
- Judgment of the Court (First Chamber), 30 May 2013, *Asbeek Brusse*, Case C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341.
- Judgment of the Court (First Chamber), 14 June 2012, *Banco Español de Crédito*, Case C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349.
- Judgment of the Court (First Chamber), 21 February 2013, *Banif Plus Bank*, Case C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2016, *Gutiérrez Naranjo*, Joined Cases C-154/15, C-307/15 and C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.
- Judgment of the Court (Third Chamber) 14 March 2019, *Dunai*, Case C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207.
- Judgment of the Court (Third Chamber) of 3 October 2019, *Dziubak*, Case C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 March 2019, *Abanca Corporación Bancaria and Bankia*, joined cases C-70/17 and C-179/17, EU:C:2019:250.
- Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 August 2018, *Banco Santander*, joined cases C-96/16 and C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 21 January 2015, *Unicaja Banco and Caixabank*, joined cases C 482/13, C 484/13, C 485/13 and C 487/13, EU:C:2015:21.
- Judgment of the Court (First Chamber) of 25 November 2020, *Banca B. SA*, Case 269/19, ECLI:EU:C:2020:954.
- UK Supreme Court, judgment of 4th November 2015, *Beavis v. ParkingEye*, Case UKSC 2015/0116.

Documents

- A29WP – *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*, WP 148, 2008. Available at: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp148_en.pdf (last visit on 11.09.2022).
- A29WP – *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive*, WP 12, 1998. Available at: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp12_en.pdf (last visit on 11.09.2022).
- A29WP – *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, WP 217, 2014. Available at: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf (last visit on 11.09.2022).
- A29WP – *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01, 2017. Available at: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en> (last visit on 11.09.2022).

- BIAC – *Personalised Pricing in the Digital Era – Discussion Points*. Paris: Business and Industry Advisory Committee to the OECD, BIAC (2018), pp. 1-11.
- EUROPEAN COMMISSION – *Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*. Official Journal of the European Union, C526/1, Brussels: European Commission, 2021, pp. 1-129. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229(05)) (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Executive Summary of the Impact Assessment*, Brussels: Commission Staff Working Paper, SEC (2012) 73 final, 2012. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2012:0073:FIN:EN:PDF> (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Article 6a of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers*. Official Journal of the European Union, C 526, 2021, pp. 131-139. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(06)&from=EN) (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Commission Notice: Guidance on the Interpretation and Application of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*. Official Journal of the European Union, C323/4, Brussels: European Commission, 2019. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&rid=9](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&rid=9) (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Recommendations for a better presentation of information to consumers*. Brussels, July 2019. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/sr_information_presentation.pdf (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Communication: A New Deal for Consumers*, Brussels: European Commission, COM (2018)183 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN> (last visit on 11.06.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules*, Brussels: European Commission, COM(2018) 185 final – 2018/090 (COD). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=EN> (last visit on 11.09.2022).
- EUROPEAN COMMISSION – *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')*,

Brussels: European Commission, SWD(2017) 209 final. Available at: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD\(2017\)209&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2017)209&lang=en) (last visit on 11.09.2022).

EUROPEAN PARLIAMENT – *REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules*, (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)) Committee on the Internal Market and Consumer Protection Rapporteur, Daniel Dalton, A/2019/0029. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A\(2019\)0029_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2019/0029/P8_A(2019)0029_EN.pdf) (last visit on: 11.09.2022).

IPSOS, LONDON ECONOMICS, and DELOITTE – *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*. Report for DG JUST. Brussels: European Commission, 2018. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf (last visit on 11.09.2022)

UNCTAD – *Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era*. Geneva: UNCTAD, 2021. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d2_en_0.pdf (last visit on 11.09.2022).

OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat*. OECD: (2018), DAF/COMP(2018)13. Available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf) (last visit on 11.09.2022).

OECD – *Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union*. OECD: 2018, DAF/COMP/WD(2018)128. Available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)128/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)128/en/pdf) (last visit on 11.09.2022)

OFFICE FOR FAIR TRADING – *Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust in the Market*. London: OFT (2013), pp. 1-43.

OFFICE OF FAIR TRADING – *The economics of online personalised pricing*. London: OFT (2013), pp.1-97.

WHITE HOUSE – *Big Data and Differential Pricing*. Washington: White House, 2015. Available at: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf (last visit on 11.09.2022).

Legislation

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, PE/83/2019/REV/1, OJ L 328, 18.12.2019, pp. 7–28.

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, OJ L 304, 22.11.2011, pp. 64–88.
- Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, pp. 29–34.
- Council Directive 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC [2020] OJ L 409.
- Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, OJ L 80, 18.3.1998, pp. 27–31.
- Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), OJ L 149, 11.6.2005, pp. 22–39.
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1–88.
- Directive 2008/48/EC Of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, pp. 66–92.
- DL 446/85 of 25 October, *Diário da República* no. 246/1985, Serie I of 1985-10-25, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.
- Law 24/96 of 31 July, *Diário da República* no. 176/1996, Serie I-A of 1996-07-31, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.
- DL 446/85 of 25 October, *Diário da República* no. 32/1985, Serie I of 1985-02-14, last amended by DL 109-G/2021, of 10 December.
- DL 109-G/2021 of 10 December, *Diário da República* no. 238/2021, Serie I of 2021-12-10, 1st supl.



novaconsumerlab.novalaw.unl.pt