

AVALIAÇÕES E RECOMENDAÇÕES DE CONSUMIDORES: AS NOVAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS INTRODUZIDAS PELA DIRETIVA (UE) 2019/2161

CONSUMERS REVIEWS AND ENDORSEMENTS: THE NEW UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES INTRODUCED BY DIRECTIVE (EU) 2019/2161

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM*

RESUMO

A Diretiva (UE) 2019/2161 consagra um conjunto de práticas comerciais desleais destinadas a garantir a autenticidade dos comentários realizados pelos utilizadores, com especial relevância nos mercados em linha. Ao proibir as avaliações e recomendações falsas ou distorcidas, o legislador europeu concretiza normas existentes em matéria de ações e omissões enganosas. No entanto, não resolve o problema do âmbito de aplicação subjetivo do regime jurídico, que continua a assentar no conceito de profissional.

Palavras-chave: Direito Europeu, práticas comerciais desleais, confiança, mercados em linha.

ABSTRACT

Directive (EU) 2019/2161 enshrines a set of unfair commercial practices which aim to ensure the authenticity of users comments, particularly relevant in online marketplaces. By banning false or misrepresenting reviews and endorsements, the European legislator gives substance to existing rules on misleading actions and omissions. However, it does not solve the problem of the subjective scope of the legal framework, that continues to be based on the concept of a trader.

Keywords: European Law, unfair commercial practices, trust, online marketplaces.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO.—II. MECANISMOS DE REFORÇO DA CONFIANÇA.—III. DIRETIVA (UE) 2019/2161: NOVIDADE OU CONCRETIZAÇÃO?—1. Natureza estruturante das cláusulas gerais.—2. Práticas comerciais enganosas.—2.1. Por ação.—2.2. Por omissão.—IV. O PROBLEMA DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJETIVO.—V. BIBLIOGRAFIA.

* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Direcção de correio electrónico: aamorim@upt.pt.

Fecha de recepción: 6 de abril de 2021 // Fecha de aceptación: 30 de abril de 2021.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. TRUST BUILDING MECHANISMS.—III. DIRECTIVE (EU) 2019/2161: NOVELTY OR IMPLEMENTATION?—1. Structuring nature of the general clauses.—2. Misleading commercial practices.—2.1. By action.—2.2. By omission.—IV. THE PROBLEM OF THE SUBJECTIVE SCOPE.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUÇÃO

Em 27 de novembro de 2019, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva (UE) 2019/2161, que reforça a defesa dos consumidores, alterando entre outros diplomas a Diretiva 2005/29/CE, em matéria de práticas comerciais desleais. Na medida em que se reconhece a crescente relevância dos mecanismos de reforço da confiança em ambiente digital e especialmente nos mercados em linha, introduz-se um conjunto de proibições resultantes da preocupação com a autenticidade dos comentários realizados pelos utilizadores. A transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais deve ser feita até 28 de novembro de 2021.

De acordo com os pontos 23-B e 23-C introduzidos no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE, passam a ser consideradas desleais em quaisquer circunstâncias as práticas comerciais que consistem em «declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores» e «apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos». Para efeitos das omissões enganosas, o artigo 3.º n.º 4 alínea c) da Diretiva (UE) 2019/2161 estabelece ainda que «caso um profissional disponibilize o acesso a avaliações de produtos efetuadas por consumidores, é considerada substancial a informação sobre se e de que forma esse profissional garante que as avaliações publicadas são efetuadas por consumidores que efetivamente utilizaram ou adquiriram o produto».

Importa analisar estas práticas comerciais desleais, partindo da abordagem dos mecanismos de reforço da confiança. Atenta a estrutura da Diretiva 2005/29/CE, procura-se aferir se ao prever as avaliações e recomendações de consumidores, a Diretiva (UE) 2019/2161 introduziu uma novidade no regime jurídico das práticas comerciais enganosas ou uma mera concretização de proibições já existentes. Por fim, será tratado o problema do âmbito de aplicação subjetivo do diploma, que ao assentar no conceito de profissional, não abrange as relações entre pares, cuja relevância tem sido reconhecida no contexto da economia colaborativa.

II. MECANISMOS DE REFORÇO DA CONFIANÇA

A transição para a Sociedade da Informação foi equiparada ao impacto provocado pela Revolução Industrial nas civilizações ocidentais, com manifestações nos domínios da economia, do trabalho, da educação, da saúde, do lazer, dos transportes e do ambiente. Também as relações de mercado sofreram alterações profundas com a generalização do acesso às tecnologias digitais. O aumento do volume global de faturação no comércio eletrónico constitui a con-

sequência mais imediata das potencialidades que a Internet encerra para os profissionais. No entanto, a partir do surgimento das redes sociais, uma das características mais marcantes desta transição coincide com a confiança depositada em desconhecidos, para efeitos das decisões de transação.

Com o incremento da comunicação numa rede aberta ao nível mundial, os consumidores deixaram de ser apenas recetores passivos da informação veiculada pelos profissionais, passando a partilhar diretamente opiniões e comentários relativos ao desempenho dos produtos e à utilização dos serviços — *User Generated Content* —, que podem ser facilmente acedidos pelos restantes utilizadores e cuja relevância assenta na credibilidade que lhes é reconhecida pelos pares¹. Desta forma, a Internet incrementa a técnica do passa-palavra que constitui o mecanismo mais antigo e eficaz de influência dos comportamentos económicos².

Os consumidores passam a obter de forma autónoma os dados de que necessitam, verificam a veracidade dos argumentos dos profissionais e procuram as melhores alternativas, nomeadamente ao nível do preço. Atenta a correspondência entre informação e poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta disponibilidade de conteúdos independentes coincidiu com o declínio dos tradicionais meios de comunicação de massas e esteve na origem do afastamento do domínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX. A revolução do poder de mercado transformou as relações entre profissionais e consumidores³. Assim se justifica que o acesso às tecnologias digitais tenha provocado, na generalidade dos sectores de atividade, uma diminuição da assimetria de informação, que constitui um dos pressupostos tradicionais da proteção dos consumidores⁴.

A confiança depositada em desconhecidos constitui também um dos pilares da economia colaborativa, que valoriza o acesso a bens partilhados em alternativa à propriedade, determinando o surgimento de novos modelos de negócios. Esta confiança contribui para acautelar o risco dos utilizadores, sobretudo quando está em causa uma prestação de serviços que depende da interação presencial entre as partes, como se verifica tipicamente no sector dos transportes e no alojamento⁵. A confiança é gerada pelas próprias plataformas, por exemplo, através de verificações regulares da informação relativa aos serviços prestados, da implementação de sistemas de segurança nos pagamentos ou da necessidade de uma completa identificação dos intervenientes⁶. Mas assenta especialmente nos utilizadores, que avaliam os serviços prestados pelos operadores, quer de forma qualitativa, mediante opiniões e comentários, quer através de sistemas de pontuação, meramente numéricos.

Importa referir que os sistemas de avaliação pelos utilizadores são mais relevantes nas relações C2C (*consumer-to-consumer*) do que nas tradicionais relações B2C (*business-to-consumer*), na medida em que os particulares não se pautam pelos mesmos padrões de prestação de serviços dos profissionais e não

¹ MAQUEIRA e BRUQUE (2009), pág. 85.

² KAPFERER (1990), pág. 222.

³ SEYBOLD (2002), pág. 3.

⁴ Contra, COTEANU (2005), pág. 130.

⁵ HAWLITSCHKE, TEUBNER e WEINHARDT (2016), pág. 28.

⁶ COLLARD, KLEIN e PHILIPPETTE (2016), pág. 199.

estão sujeitos a regulação especial relativamente aos pares, pelo menos quando não visam a obtenção de vantagens económicas. O próprio desenvolvimento das plataformas digitais depende de mecanismos de reforço da confiança. Na comunicação de 2 de junho de 2016 intitulada «Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa» (COM/2016/0356), a Comissão Europeia reconheceu que estes mecanismos tendem a desencorajar comportamentos prejudiciais dos intervenientes no mercado e a reduzir a assimetria de informação, «desde que se possa depositar um grau de confiança adequado na qualidade das avaliações e das notações». Potenciam a melhoria dos serviços prestados e contribuem para diminuir o recurso a sistemas sancionatórios, relevando como forma de autorregulação, sobretudo nos casos em que não é aplicável a legislação em matéria de defesa dos consumidores.

Daqui decorre que as plataformas digitais e os prestadores de serviços não são responsáveis pelo teor das opiniões e comentários realizados pelos utilizadores, devendo apenas garantir a sua autenticidade. De facto, excetuando as avaliações e recomendações diretamente influenciadas pelos profissionais, estes conteúdos não se enquadram no conceito de prática comercial, que deve ser imputada a um profissional, nos termos do artigo 2.º alínea *d*) da Diretiva 2005/29/CE.

Ora, através das alterações introduzidas ao regime jurídico das práticas comerciais desleais em matéria de avaliações e recomendações de consumidores, a Diretiva (UE) 2019/2161 revela uma preocupação com a garantia da autenticidade dos mecanismos de reforço da confiança.

III. DIRETIVA (UE) 2019/2161: NOVIDADE OU CONCRETIZAÇÃO

1. Natureza estruturante das cláusulas gerais

A Diretiva 2005/29/CE adota uma abordagem mista, com três níveis de densificação das práticas comerciais desleais. Começa por estabelecer, no artigo 5.º n.º 2, uma cláusula geral, de conteúdo marcadamente valorativo, visando a proibição das práticas comerciais contrárias à diligência profissional, que distorcem ou são suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio. Consagra depois, nos artigos 6.º e 7.º, ainda sob a forma de cláusulas gerais, as práticas comerciais enganosas e, nos artigos 8.º e 9.º, as práticas comerciais agressivas decorrentes de assédio, coação ou influência indevida. Esta consagração corresponde respetivamente à garantia da racionalidade das decisões económicas e da liberdade de escolha dos consumidores. Por fim, o Anexo I prevê, com carácter taxativo, uma lista negra de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. Na medida em que resulta da transposição para o plano europeu de diversas soluções nacionais, este Anexo I integra um conjunto de normas sem estrutura sistemática.

Trata-se de um diploma com vocação horizontal, que resulta na prevalência dos diplomas sectoriais em caso de conflito, de acordo com a relação de subsidiariedade consagrada no artigo 3.º n.º 4, solução que foi amplamente criticada pela doutrina⁷. No regime jurídico das omissões enganosas, estabelece-se

⁷ HENNING-BODEWIG (2005), pág. 630; AUTERI (2008), pág. 8.

igualmente uma relação de complementaridade com o direito contratual, através do enquadramento unitário, para os efeitos do artigo 7.º n.º 5, dos deveres de informação a que aludem os diplomas especiais elencados no Anexo II⁸. É nesta vocação horizontal que assenta o referido recurso a cláusulas gerais.

Como expressamente reconheceu o legislador europeu no considerando 17, a lista negra abrange comportamentos que podem ser proibidos «sem recurso a uma avaliação casuística» ao abrigo das cláusulas gerais, nomeadamente, quanto ao impacto provocado pela prática comercial na decisão de transação dos consumidores. No entanto, apesar da reconhecida autonomia substantiva do Anexo I, a doutrina afirma que alguns conceitos indeterminados continuam a suscitar problemas de interpretação⁹. Nos pontos 23-B e 23-C introduzidos pela Diretiva (UE) 2019/2161, podem estar em causa expressões como «medidas razoáveis e proporcionadas» ou avaliações e recomendações «distorcidas», que deverão ser apreciadas em função das circunstâncias do caso concreto. Para aferir da relevância destas alterações, importa delimitar o papel das cláusulas gerais na relação com as práticas comerciais especialmente consagradas.

Uma interpretação maioritária afirma o carácter residual da cláusula geral, que constitui a última de três etapas sucessivas de valoração, com carácter excludente, começando pela desconformidade com a lista negra do Anexo I, seguida das cláusulas gerais relativas às práticas comerciais enganosas e agressivas. Esta abordagem assenta na plena autonomia das previsões especiais, que seriam aplicáveis sem recurso à cláusula geral, como resulta da jurisprudência do TJUE nos casos *Total Belgium NV e Galatea BVBA* (processos n.º C-261/07 e C-299/07, decisão de 23 de abril de 2009), bem como nos casos *CHS Tour Services* (processo n.º C-435/11, decisão de 19 de setembro de 2013) e *UPC Magyarország* (processo n.º C-388/13, decisão de 16 de abril de 2015). A cláusula geral teria um âmbito de aplicação consideravelmente reduzido, funcionando como rede de segurança, sobretudo nos casos em que a evolução tecnológica potencia o surgimento de comportamentos não regulados¹⁰.

Inversamente, outra interpretação reconhece à cláusula geral uma natureza estruturante do regime jurídico das práticas comerciais desleais, abordando as restantes normas como meras concretizações.¹¹ Neste sentido, nos termos do considerando 13, «a proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns». Também de acordo com o artigo 5.º n.º 4 da Diretiva 2005/29/CE, são desleais «em especial» as práticas comerciais enganosas e agressivas. Esta centralidade da cláusula geral permite afirmar o carácter marcadamente valorativo do regime jurídico e garante a sua coerência sistemática, sobretudo face aos conceitos indeterminados. Desta forma, a proteção dos consumidores depende de uma unidade normativa constituída pelas cláusulas gerais e por um conjunto de concretizações. Relativamente às práticas comerciais previstas no Anexo I, uma parte da doutrina afirma estar em causa uma presunção relativa de deslealdade, dado que pode ser casuisticamente demonstrada a conformidade com a diligência profissional ou a insuscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico

⁸ WHITTAKER (2007), pág. 142.

⁹ MARÍN LÓPEZ (2010), pág. 67.

¹⁰ MICKLITZ (2006), pág. 762; ABBAMONTE (2007), pág. 21.

¹¹ MASSAGUER FUENTES (2006), pág. 100; AMORIM (2017), pág. 327.

do consumidor médio. Ou seja, de acordo com o entendimento adotado no ordenamento jurídico italiano e aqui também perfilhado, a cláusula geral funciona como mecanismo de integração e até, em função das circunstâncias do caso concreto, de correção das previsões especiais¹².

2. Práticas comerciais enganosas

2.1. *Por ação*

A proibição de ações enganosas resulta do disposto no artigo 6.º da Diretiva 2005/29/CE. Está em causa uma vertente objetiva, relativa à falsidade das afirmações, mas também a suscetibilidade de indução em erro, que coincide com a inexatidão da convicção dos destinatários ou as suas fundadas expectativas face à mensagem. Esta dimensão subjetiva constitui hoje o núcleo fundamental da publicidade enganosa, deixando de relevar apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal do anúncio e a realidade da oferta.

No quadro europeu do desenvolvimento do Mercado Interno, a proibição do engano depende ainda da verificação de uma cláusula de relevância, relativa à distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio, definida no artigo 2.º alínea e) da Diretiva 2005/29/CE. Assim, existe distorção substancial maioritariamente nas situações em que o consumidor toma uma decisão de transação não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades, como se verifica nos casos em que adquire o produto ou utiliza o serviço mediante pagamento de um preço superior. De acordo com a jurisprudência do TJUE desenvolvida a partir do caso *Nissan* (processo n.º C-373/90, decisão de 16 de janeiro de 1992), fica excluída da cláusula de relevância a mera influência da prática comercial sobre o comportamento económico dos consumidores, nomeadamente, para efeitos da qualificação da conduta como publicidade enganosa, quando não se verifica a referida distorção substancial.

Face à dimensão subjetiva do engano e à consagração desta cláusula de relevância, o considerando 18 enuncia como critério de aferição o «consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística». Trata-se de um conceito evolutivo, que pondera a atitude e os conhecimentos da pessoa, sobretudo ao nível da experiência e da aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens, bem como a adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação relativa ao produto ou serviço¹³. Acresce que nos termos do artigo 5.º n.º 3, não fica prejudicada a tutela dos consumidores particularmente vulneráveis «em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade».

Paralelamente a este critério de aferição, a suscetibilidade de indução em erro deve ser avaliada em função da integridade ou indivisibilidade das mensagens, que determina uma análise qualitativa centrada na impressão global, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes¹⁴. Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se even-

¹² LIBERTINI (2008), págs. 32-42.

¹³ GONZÁLEZ VAQUÉ (2004), pág. 47.

¹⁴ TATO PLAZA (2008), pág. 551.

tuais interpretações subtis do seu conteúdo. É também a integridade ou indivisibilidade que determina a predominância de alguns elementos na interpretação das mensagens, por exemplo, quando através do recurso a letra excessivamente pequena o profissional contradiz a parte do anúncio destinada a captar a atenção dos destinatários.

Ora, as práticas comerciais desleais em quaisquer circunstâncias introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/2161 correspondem a ações enganosas. A hipótese prevista no ponto 23-B consubstancia suscetibilidade de indução em erro, na medida em que a informação é apresentada sem que existam garantias de autenticidade quanto ao conteúdo das avaliações e recomendações de consumidores. Neste sentido, se o profissional demonstrar que aquele conteúdo é objetivamente verdadeiro, apesar de não ter adotado as medidas de verificação exigíveis, não parece subsistir a distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio, de que depende a deslealdade da prática comercial. Assim, considerando a referida natureza estruturante das cláusulas gerais, a presunção de deslealdade poderia ser afastada, em função da apreciação do caso concreto e sobretudo da autenticidade dos comentários realizados pelos utilizadores. A prática comercial visada não provocaria um impacto na decisão de transação, na medida em que os consumidores teriam acesso a informação verdadeira, ainda que não verificada. Já no ponto 23-C, proíbem-se as avaliações e recomendações falsas ou distorcidas, pelo que pode estar em causa a dimensão objetiva ou subjetiva do engano. Cabem aqui as opiniões que não resultam de uma experiência efetiva de consumo, como também o exemplo paradigmático da eliminação de comentários negativos, que distorce a apreciação global relativamente ao produto ou serviço.

Ambos os pontos concretizam o princípio da veracidade em sentido estrito. Ao contrário do princípio da identificabilidade e do dever de esclarecimento, que obrigam os profissionais ao cumprimento de obrigações de conteúdo positivo relevantes no quadro das omissões enganosas, o princípio da veracidade em sentido estrito tem essencialmente uma dimensão negativa, recaindo sobre os agentes económicos o dever de não induzir em erro os destinatários. Ou seja, a preocupação com a autenticidade dos mecanismos de reforço da confiança tem vindo a determinar o desenvolvimento de um conjunto de medidas ao nível europeu, resultantes de uma reivindicação da doutrina, que considera insuficiente a autorregulação das próprias plataformas digitais¹⁵.

No entanto, estas alterações legislativas traduzem uma concretização da proibição de ações enganosas prevista no regime jurídico das práticas comerciais desleais, que pode ser diretamente aplicada pelos tribunais nacionais, em função das circunstâncias do caso concreto. Descrita a factualidade que concretiza o critério normativo e consagrada a cláusula de relevância, a norma enuncia um conjunto de elementos sobre que incidem as ações enganosas. Nos analisados pontos 23-B e 23-C, as avaliações e recomendações de consumidores visam sobretudo as características dos produtos, entre as quais se incluem os benefícios decorrentes da sua utilização, como resulta do artigo 6.º n.º 1 alínea *b*) da Diretiva 2005/29/CE. Podem também estar em causa determinados atributos do próprio profissional, que são especialmente relevantes no sector dos serviços.

¹⁵ QUESADA PÁEZ (2019), pág. 349.

2.2. Por omissão

A proibição de omissões enganosas resulta do disposto no artigo 7.º da Diretiva 2005/29/CE. Apesar de anteriormente a hipótese não ter consagração expressa no plano europeu, a proibição decorria já da referência à «publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é suscetível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afeta», constante do artigo 2.º n.º 2 da Diretiva 84/450/CEE. A omissão integrava então uma das modalidades de indução em erro dos destinatários, face às expectativas criadas pela mensagem. Centrava-se, por isso, nas alegações publicitárias incompletas, na medida em que a omissão em sentido estrito não determina qualquer suscetibilidade de indução em erro¹⁶. Ou seja, não existindo uma obrigação de comunicar através da publicidade dados relativos aos produtos ou serviços anunciados, apenas pode haver lugar a engano quando o que as afirmações feitas pelo profissional exigem uma explicação adicional. Desta forma, a omissão enganosa resultava tradicionalmente da violação do dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e não do dever de informação (*Informationspflicht*)¹⁷.

Ora, a Diretiva 2005/29/CE faz coincidir as práticas comerciais enganosas por omissão com o incumprimento das menções legalmente obrigatórias previstas no Anexo II. Neste sentido, a suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio passa a presumir-se com carácter prévio e geral face à violação do dever de informação, deixando o engano de depender exclusivamente da indução em erro que, ao contrário da omissão em sentido estrito, apenas pode ser apreciada em função das circunstâncias do caso concreto¹⁸. A informação passa a relevar não só na fase da formação de preferências, mas sobretudo na captação da atenção dos destinatários, suscetível de incrementar o interesse pelo produto ou serviço, determinando um contacto posterior com o profissional, independentemente de qualquer decisão de transação. Nos termos do artigo 7.º n.º 2 da Diretiva 2005/29/CE, são equiparadas à omissão tanto a ocultação da informação pelo profissional, como a apresentação «de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio». Igualmente relevante é a ausência de referência à «intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto», que concretiza o princípio da identificabilidade.

Apesar de ser hoje maioritariamente entendida como incumprimento dos deveres de informação, a omissão enganosa continua a não corresponder à necessidade de evidenciar de forma exaustiva todas as características dos produtos e serviços ou sequer a uma obrigação de neutralidade dos agentes económicos na comunicação comercial. Também nestes casos, à semelhança do que se verifica relativamente à suscetibilidade de indução em erro, as mensagens devem ser avaliadas em função da integridade ou indivisibilidade, proibindo-se apenas aquelas que geram nos destinatários uma incorreta representação da realidade ou falsas expectativas¹⁹.

¹⁶ TATO PLAZA, FÉRNANDEZ CARBALLO-CALERO e HERRERA PETRUS (2010), pág. 123.

¹⁷ BRINKMANN (2011), pág. 47.

¹⁸ ALEXANDER (2012), pág. 4.

¹⁹ TATO PLAZA (2017), págs. 187 e 188.

Acresce que a qualificação da prática comercial como omissão enganosa à luz da Diretiva 2005/29/CE depende do carácter substancial da informação, que resulta da referida remissão para o Anexo II, bem como da jurisprudência do TJUE, nomeadamente, no caso *Dyson* (processo n.º C-632/16, decisão de 25 de julho de 2018). Para efeitos das avaliações e recomendações de consumidores, o artigo 3.º n.º 4 alínea *c*) da Diretiva (UE) 2019/2161, vem agora considerar substancial a informação relativa à garantia de autenticidade. Neste sentido, a existência de mecanismos de reforço de confiança obriga os profissionais a informar os utilizadores sobre a forma como asseguram que apenas consumidores que efetivamente adquiriram os produtos ou serviços podem realizar avaliações e recomendações. Esta garantia pode ser acautelada, nomeadamente, pela reciprocidade das avaliações ou pela impossibilidade de anonimato dos utilizadores²⁰.

Caso o profissional omita aquela informação, a hipótese integra uma alegação publicitária incompleta, suscetível de induzir em erro os utilizadores, que acreditam estar perante comentários realizados na sequência de uma experiência efetiva de consumo, o que permite reforçar a sua confiança na decisão de transação. Ou seja, não se trata da violação de um dever de informação, mas de um dever de esclarecimento sobre a garantia de autenticidade dos comentários publicados. No entanto, importa referir que face à cláusula de relevância, a prática comercial se considera desleal apenas se for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, dado que nos termos do artigo 7.º da Diretiva 2005/29/CE, não subsiste um juízo de deslealdade automático decorrente da omissão em sentido estrito. Neste sentido, a cláusula de relevância obriga a ponderar o impacto provocado pela prática comercial na decisão de transação, também quando o seu enquadramento é feito nas previsões especiais. À semelhança do que se defendeu a propósito das ações enganosas, a mera existência de uma garantia de autenticidade dos comentários publicados parece ser suficiente para acautelar a racionalidade das decisões económicas e a liberdade de escolha dos consumidores.

Resulta do considerando 47 da Diretiva (UE) 2019/2161 que os profissionais devem dar a conhecer a forma como efetuam aquelas verificações, esclarecendo nomeadamente, se as avaliações foram «patrocinadas ou influenciadas por uma relação contratual com um profissional». Reitera-se aqui o disposto no artigo 7.º n.º 2 da Diretiva 2005/29/CE relativamente à intenção comercial da prática, ficando o anunciante obrigado a identificar de forma inequívoca a natureza publicitária da comunicação, sobretudo quando não existe um apelo direto ao consumo. Esta necessidade de transparência quanto à finalidade promocional das mensagens coincide com a proibição da publicidade oculta, que decorre ainda do regime jurídico das práticas comerciais enganosas por ação, nos termos do disposto no artigo 6.º n.º 1 alínea *c*) da Diretiva 2005/29/CE.

Para efeitos da proteção dos consumidores, é especialmente relevante o facto de a relação contratual que determina a publicidade oculta em matéria de avaliações e recomendações não assentar no pagamento de uma remuneração. A qualificação como publicidade assenta sobretudo na possibilidade de imputação da mensagem ao anunciante, devendo a existência de uma contraprestação ser

²⁰ BARCELÓ COMPTE (2019), págs. 325 e 326.

entendida como mero indício da finalidade promocional²¹. Na verdade, ao contrário do que parece resultar do ponto 11-A introduzido também no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE pela Diretiva (UE) 2019/2161, relativo aos resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha, a opção por um critério formal na qualificação da mensagem, como as condições estabelecidas entre os agentes económicos para a difusão da comunicação comercial, sacrificaria injustificadamente a proteção dos consumidores.

O princípio da identificabilidade, que o legislador europeu não autonomizou em nenhum dos diplomas referidos, assenta tradicionalmente na objetividade percebida da informação, que contribui para promover uma imagem favorável dos produtos junto dos destinatários. Não obstante a censurabilidade da prática comercial, as dificuldades probatórias quanto à referida relação contratual redundam frequentemente numa substancial impunidade da publicidade oculta.

IV. O PROBLEMA DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJETIVO

As avaliações e recomendações de consumidores, que foram objeto das alterações introduzidas no regime jurídico das práticas comerciais desleais pela Diretiva (UE) 2019/2161, são hoje especialmente relevantes no contexto da economia colaborativa, na medida em que a confiança gerada pelas opiniões e comentários alheios contribui para acautelar o risco dos utilizadores, relativamente à aquisição de produtos nos mercados em linha, mas sobretudo à prestação de serviços com interação presencial. Acresce que, como se referiu anteriormente, a relevância destes mecanismos de reforço da confiança manifesta-se mais nas relações C2C (*consumer-to-consumer*) do que nas relações B2C (*business-to-consumer*).

Ora, o regime jurídico das práticas comerciais desleais aplica-se aos profissionais, de acordo com o conceito enunciado no artigo 2.º alínea *b*) da Diretiva 2005/29/CE. A propósito da crescente relevância dos serviços prestados por particulares, a Comissão Europeia enunciou, na comunicação de 2 de junho de 2016 intitulada «Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa» (COM/2016/0356), um conjunto de critérios de apreciação casuística, que podem conduzir à qualificação dos profissionais, entre os quais incluiu a frequência dos serviços, a finalidade lucrativa e o volume de negócios. Estes critérios foram reiterados pelo TJUE no caso *Kamenova* (processo n.º C-105/17, decisão de 4 de outubro de 2018), cabendo a sua concretização aos tribunais nacionais. *De facto*, no contexto da economia colaborativa, verifica-se a coexistência de prestadores de serviços profissionais e particulares, que atuam no mercado em condições semelhantes e frequentemente com recurso às mesmas plataformas digitais.

Daqui decorre que os particulares que atuam gratuitamente ou apenas mediante compensação dos custos incorridos, dificilmente podem ser considerados profissionais para efeitos do regime jurídico das práticas comerciais desleais. O carácter meramente ocasional da prestação de serviços parece ser também determinante do afastamento desta qualificação. Contudo, a progressiva aproximação dos particulares às formas de atuação dos profissionais e a diluição de

²¹ AMORIM (2018), pág. 130.

fronteiras entre eles obrigam a repensar o âmbito de aplicação da proteção dos consumidores²². Assim, o recurso à Diretiva 2005/29/CE não deve ficar condicionado pelos critérios da regularidade com que o serviço é prestado ou o nível de rendimento gerado. Apenas em casos residuais poderia subsistir a qualificação como meros particulares que permite afastar aquele regime jurídico, como se verifica na cooperação desinteressada entre os membros de uma comunidade.

A questão coloca-se especialmente a propósito das práticas comerciais desleais introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/2161, em matéria de avaliações e recomendações de consumidores, dado que os mecanismos de reforço da confiança são mais relevantes como forma de autorregulação nas relações C2C (*consumer-to-consumer*) do que nas relações B2C (*business-to-consumer*), pelo risco acrescido a que os utilizadores estão expostos naqueles casos.

Os critérios de qualificação dos sujeitos definidos ao nível europeu não são suficientemente inequívocos, o que pode comprometer a proteção dos consumidores em benefício dos prestadores de serviços qualificados como meros particulares. No quadro do regime jurídico introduzido pela Diretiva (UE) 2019/2161, em matéria de avaliações e recomendações de consumidores, apenas um conceito amplo de profissional pode garantir soluções uniformes para os problemas suscitados por agentes económicos que atuam no mercado em termos funcionalmente equiparados. Esta uniformidade permite proibir, independentemente da caracterização do profissional, todas as avaliações e recomendações suscetíveis de constituir práticas comerciais enganosas. Pelo contrário, a atual disparidade de critérios quanto ao âmbito de aplicação subjetivo da Diretiva 2005/29/CE determina a inexistência de garantias de autenticidade dos comentários dos utilizadores nas relações entre pares, ainda que estes prestadores visem frequentemente também a obtenção de vantagens económicas.

A referida uniformidade, decorrente de um conceito amplo de profissional, não parece violar o princípio da proporcionalidade, ao contrário do que poderia ser defendido a propósito dos requisitos de acesso à atividade, nomeadamente, em matéria de licenciamento. Recorde-se que está em causa uma perspetiva extracontratual, que impõe aos agentes económicos sobretudo obrigações de conteúdo negativo, como o dever de não induzir em erro os destinatários. Em ambos os casos, os utilizadores encontram-se em posição de desvantagem face aos prestadores de serviços, não existindo uma relação de igualdade entre as partes²³.

Ainda no quadro da Diretiva 2005/29/CE, alguns autores defendem o carácter marcadamente funcional do conceito de profissional, que deve pressupor apenas a atuação no mercado, independentemente do sector de atividade, forma jurídica de organização e finalidade lucrativa²⁴. No ordenamento jurídico espanhol, o artigo 3.º n.º 1 da *Ley de Competencia Desleal* compreende no âmbito de aplicação subjetivo «os empresários, profissionais e quaisquer outras pessoas físicas ou jurídicas que participem no mercado». Desta forma, seguindo o que resultava já da jurisprudência, tende a verificar-se uma «desprofissionalização» da disciplina, que passa a ser aplicável sempre que a atuação dos operadores

²² RANCHORDÁS (2017), pág. 2.

²³ JACQUEMIN (2019), pág. 49.

²⁴ HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON (2006), pág. 68.

no mercado vise a satisfação de necessidades económicas e sociais da procura, ainda que sem finalidade lucrativa²⁵.

Assim, apenas depois de delimitados os critérios de qualificação dos operadores, as plataformas digitais podem exigir a identificação dos profissionais, que corresponde a uma proteção acrescida dos utilizadores, atenta a impossibilidade de aplicar a legislação em matéria de defesa dos consumidores nos restantes casos. Se estiver em causa uma proposta contratual ou um convite a contratar, esta informação é considerada substancial, para efeitos do regime jurídico das práticas comerciais desleais, pelo que a referência vai passar a constar expressamente da disciplina das omissões enganosas, nos termos do artigo 3.º n.º 4 alínea *a*) da Diretiva (UE) 2019/2161. De acordo com a norma introduzida, importa permitir aos utilizadores reconhecer, «para os produtos oferecidos nos mercados em linha, se o terceiro que oferece os produtos é ou não um profissional, com base nas declarações prestadas por esse terceiro». No entanto, sem a prévia delimitação do conceito de profissional, esta exigência pode vir a criar ainda maior ambiguidade, tanto para os operadores, como para os utilizadores. Acresce que a apreciação casuística a realizar pelos tribunais nacionais não parece assegurar um grau adequado de segurança jurídica ao nível europeu.

Em suma, a Diretiva (UE) 2019/2161 revela uma preocupação com a garantia da autenticidade dos mecanismos de reforço da confiança, consagrando normas especiais relativas às avaliações e recomendações de consumidores, cuja proibição resultava igualmente das cláusulas gerais em matéria de ações e omissões enganosas. Contudo, o legislador europeu não resolve o problema do âmbito de aplicação subjetivo do regime jurídico, que continua a assentar no conceito de profissional. Enquanto este conceito carecer de delimitação, as práticas comerciais enganosas introduzidas nos pontos 11-A, 23-B e 23-C do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE não traduzirão um efetivo aumento da proteção dos consumidores, especialmente face aos agentes económicos que podem ser qualificados como meros particulares.

V. BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, Giuseppe (2007), «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition», em WEATHERILL, S., e BERNITZ, U. (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Portland, pág. 11-31.
- ALEXANDER, Christian (2012), «Die Umsetzung von Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *GRUR Int.* 1, pág. 1-9.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de (2018), *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa.
- (2017), *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra.
- AUTERI, Paolo (2008), «Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?», em GENOVESE, A. (ed.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attualizzazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, CEDAM, Pádua, pág. 1-26.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa (2019), «La reputación de las plataformas como motor de confianza en la economía colaborativa», em GARCÍA GONZÁLEZ, G., e REDINHA, M. R.

²⁵ PÉREZ MOSTEIRO (2011), pág. 78.

- (dirs.); GUIMARÃES, M. R., e SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, pág. 319-334.
- BRINKMANN, Guido (2011), *Wie transparent muss kommerzielle Kommunikation sein?*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo.
- COLLARD, Anne-Sophie, KLEIN, Annabelle e PHILIPPETTE, Thibault (2016), «L'économie collaborative: entre jeu, participation et confiance», *Recherches en Communication* 42, pág. 189-202.
- COTEANU, Cristina (2005), *Cyber consumer law and unfair trading practices*, Ashgate, Hampshire.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2004), «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 17 (2004), pág. 47-81.
- HAWLITSCHKE, Florian; TEUBNER, Timm, e WEINHARDT, Christof (2016), «Trust in the Sharing Economy», *Die Unternehmung - Swiss Journal of Business Research and Practice* 1, pág. 26-44.
- HENNING-BODEWIG, Frauke (2005), «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *GRUR Int.* 8-9, pág. 629-632.
- HOWELLS, Geraint; HANS-WOLFGANG, Micklitz, e WILHELMSSON, Thomas (2006), *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Hampshire.
- JACQUEMIN, Hervé (2019), «Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blockchain model?», *Revista d'Internet, Dret i Política* 28, pág. 44-55.
- KAPFERER, Jean-Noël (1990), *Rumeurs. Le plus vieux média du monde*, Éditions du Seuil, Paris.
- LIBERTINI, Mario (2008), «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle Pratiche Commerciali Scorrette», em GENOVESE, A. (ed.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, CEDAM, Padova, pág. 27-85.
- MAQUEIRA, Juan Manuel, e BRUQUE, Sebastián (2009), *Marketing 2.0. El nuevo marketing en la Web de las Redes Sociales*, RA-MA Editorial, Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2010), «Otras prácticas engañosas. La «lista negra» de prácticas comerciales engañosas con consumidores», em RIBÓN SEISDEDOS, E. (coord.), *Las prácticas comerciales desleales*, CEACCU, Madrid, pág. 63-80.
- MASSAGUER FUENTES, José (2006), *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Civitas, Madrid.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang (2006), «Lauterkeit», em HEERMANN, P. W., e SCHLINGLOFF, J. (eds.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, vol. I, Verlag C. H. Beck, Munique, pág. 699-777.
- PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María (2011), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal. Efectos de la armonización comunitaria*, Difusión Jurídica, Madrid.
- RANCHORDÁS, Sofia (2017), «Peers or Professionals? The P2P-Economy and Competition Law», *European Competition and Regulatory Law Review* 4, pág. 1-14.
- QUESADA PÁEZ, Abigail (2019), «Los sistemas de reputación en la economía colaborativa», em GARCÍA GONZÁLEZ, G., e REDINHA, M. R. (dirs.); GUIMARÃES, M. R., e SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (coords.), *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, pág. 335-351.
- SEYBOLD, Patricia (2002), *The customer revolution*, Business Books, London.
- TATO PLAZA, Anxo (2008), «Prácticas comerciales engañosas con los consumidores», *ADI* 29 (2008/2009), pág. 529-572.
- (2017), «Obligaciones específicas de información, engaño por omisión y principio de integridad de la campaña publicitaria», *ADI* 38 (2017/2018), pág. 183-205.

- TATO PLAZA, Anxo; FÉRNANDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo, e HERRERA PETRUS, Christian (2010), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid.
- WHITTAKER, Simon (2007), «The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws», em WEATHERILL, S., e BERNITZ, U. (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Portland, pág. 139-158.