

Submissão

Nicolo Zingales <nicolo.zingales@fgv.br>

sáb 11/06/2022 00:04

Para: CJSUBIA <CJSUBIA@senado.leg.br>;

 3 anexos

SUBMISSÃO PARA A COMISSÃO DE JURISTAS PARA REGULAÇÃO DA IA 100622.pdf; ACEITABILIDADE DO NUDGING_ A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA MULTIDIMENSIONAL-2.pdf; Antitrust intent in an age of algorithmic nudging JAE.pdf;

Você não costuma receber emails de nicolo.zingales@fgv.br. [Saiba por que isso é importante](#)

Prezados,

É com imenso prazer que submeto minhas considerações para o debate sobre a regulação da IA.

Atenciosamente,



Nicolo Zingales, PhD

Professor

 +55 21 3799 5967  @JusTechne

 Praia de Botafogo, 190 13º andar

Botafogo - Rio de Janeiro, RJ - CEP: 22250-900

 nicolo.zingales@fgv.br

ACEITABILIDADE DO *NUDGING*: A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA MULTIDIMENSIONAL

Por Nicolo Zingales & Erica Bakonyi

1. INTRODUÇÃO

Com a ascendência da inteligência artificial, que é acompanhada pelo aumento de decisões automatizadas com impacto direto na esfera de direitos e liberdades dos indivíduos, torna-se fundamental assegurar a preservação da autonomia desses em respectivas interações, tanto de mercado, quanto inter-relacionais de natureza social. Por óbvio, a proteção da autonomia individual não é um objetivo novo no mundo jurídico. No contexto brasileiro, é regra, antes de tudo, garantida pela Constituição Federal como emanção da dignidade que dá fundamento a uma série de direitos e liberdades fundamentais: a Carta suprema afirma e enfatiza as liberdades pessoais em ruptura com o modelo ditatorial intervencionista (BARROSO e MARTEL, 2012), oferecendo respaldo à liberdade da pessoa de tomar decisões sobre os aspectos mais relevantes da sua existência (SARLET 2009). De forma mais particularizada, a autonomia de escolha no mercado é promovida pelo direito econômico, que visa assegurar não apenas a disponibilidade de uma variedade de produtos e serviços, mas também a capacidade de escolha efetiva do consumidor. De fato, um dos pilares que orienta a atuação das autoridades públicas nas políticas de concorrência e de consumo é a preservação da soberania dos consumidores, entendida como “o poder de definir próprios desejos e a oportunidade de satisfazer esses desejos por preços que não sejam amplamente em excesso dos custos incorridos pelos produtores de bens e produtos relevantes” (LANDE e AVERITT, 1997). Contudo, o modelo utilizado no regime de proteção dos direitos dos consumidores pode resultar inadequado para assegurar essa autonomia na sociedade atual, caracterizada por tamanha abundância de informação e pela posição de gargalo dos intermediários tecnológicos das nossas interações - sejam os telefones e as plataformas digitais de hoje, o número crescente de assistentes virtuais ou as futuras aplicações de inteligência artificial. A posição estratégica desses intermediários de negócios e interações sociais oferece a oportunidade de definir a chamada “arquitetura de escolha” dos usuários, ou seja, a forma na qual as escolhas são apresentadas aos indivíduos - como exemplo, citam-se o número de opções disponíveis ou facilmente visualizáveis, a forma em que essas opções são descritas e a existência de uma opção por padrão.

Embora já exista uma discussão robusta na literatura de regulação sobre o potencial impacto da arquitetura de escolha sobre o processo decisório dos indivíduos, o debate das implicações legais do uso massivo de dados e dos algoritmos para personalizar tal diagramação apta a influenciar o público alvo da ação, permanece ainda embrionário (YEUNG, 2017; LANZING, 2019). Nesse contexto, o objetivo da presente contribuição é providenciar parâmetros para delimitar o âmbito de influência permitida nas escolhas do indivíduo, bem como indicar a medida na qual tais métricas poderiam ser efetivadas na aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, conclui-se destacando recentes propostas legislativas e reflete-se sobre as possibilidades de viabilizar um controle adequado sobre as formas de influência indevida nas decisões de pessoas vulneráveis.

2. LEGITIMIDADE DO *NUDGING*: PROMESSAS E LIMITAÇÕES DA TUTELA CONSUMERISTA

Os indivíduos são seres “gregários”. Seja no contexto público, seja no privado, existe uma gama de mecanismos e ferramentas dispostos para a reestruturação e a reorganização de

padrões sociais e comportamentais¹. Neste artigo, explora-se a conceituação de *nudging*. Pela tradução da expressão, *nudge* pode ser entendido como “influência”, “estímulo”, “incentivo moderado” ou “empurrãozinho”. Trata-se essencialmente de construção que se ampara nas conclusões provenientes da economia comportamental, portanto, na premissa de que as pessoas possuem racionalidade limitada e, destarte, a título ilustrativo, são incapazes de assimilar e absorver todas as informações, estão suscetíveis à maneira como as coisas lhes são apresentadas, preocupam-se mais com as perdas do que com os ganhos, e assim sucessivamente. Os estudos de economia comportamental habitualmente identificam esses vieses intrínsecos na natureza humana e, no cenário atual, por intermédio de *big data* and *data analytics*, a expectativa é a possibilidade de descobrirem milhares de vieses comportamentais e analisá-los de forma granular, indivíduo por indivíduo (CALO, 2014). Cientes de que algumas técnicas são capazes de alterar vieses cognitivos e, por conseguinte, volitivos, elencam-se exemplificativamente a quantidade ou a qualidade da informação ofertada em determinados contextos, o modo de apresentação ou de disposição espacial (em ambientes físico ou digital) da informação ou do produto, e os lembretes cíclicos e oportunos. Por óbvio, aspectos individuais - como background cultural, educação formal, autoestima, senso de pertencimento a grupos identitários - tornarão as pessoas mais ou menos vulneráveis aos métodos de *nudge*. Entretanto, insta salientar que, na Era Digital, onde se está sujeito à captura massiva de dados (concedidos ou não voluntariamente), em alta velocidade e variedade (*Big Data*), com processamentos aptos a gerar previsões cada vez mais precisas, respectivas características pessoais, conforme indicado acima, perde certa relevância na medida em que mesmo os mais atentos podem ser influenciados ou até mesmo enganados e empurrados a agir em desconformidade com seus desígnios iniciais. Os cadastros online, a manifestação de interesses pessoais pelas plataformas de pesquisa, a visualização e aquisição de bens de consumo, e até mesmo o tempo dispendido na sua visualização, as trocas de e-mails e mensagens instantâneas, a leitura de notícias de patrocínio político, religioso ou cultural específicos que traçam os caminhos navegados no espaço virtual, são alguns dos exemplos que corroboram com a assertiva de que os dados pessoais, isolados, talvez não dimensionem potencialidade informativa, contudo, quando agrupados, permitem identificação e discriminação de indivíduos.

Conforme THALER e SUNSTEIN (2008), o conceito de *nudge* abrange qualquer aspecto da “arquitetura de escolha” que altera o comportamento das pessoas de maneira previsível sem proibir outras opções ou modificar significativamente seu incentivo econômico. Ou, ainda, em outras palavras, pela concepção de HAUSMAN e WELCH (2010), políticas de *nudging* são formas de influenciar no processo de escolha sem limitar a gama de opções correlatas ou torná-las expressivamente mais custosas, entre outros, a título de dispêndio de tempo, problemas e sanções sociais. Note-se que a primeira definição exclui as políticas que tenham o efeito de criar um incentivo econômico substancial, enquanto, a segunda, considera não ser possível falar em *nudging* quando a intervenção representar efeito significativo não apenas na forma de incentivo econômico, mas também na de outros tipos de inconveniências. Em compromisso com essas duas definições, filia-se à noção de que se trata de aspecto da arquitetura de escolha que orienta as pessoas em uma direção específica sem limitar ou prejudicar substancialmente a respectiva escolha. Entendendo o conceito como intervenção

¹ Nesse sentido, citam-se (a) incentivos econômicos substanciais, como a concessão de percentuais de desconto para pagamentos à vista ou a previsão de multas para pagamentos após vencimento de faturas e boletos, ou o bônus para atingimento de metas no contexto empresarial; (b) políticas coercitivas, como, por exemplo, a imposição de sanções administrativas ou criminais; (c) ações afirmativas, compreendidas como políticas compensatórias tais quais a instituição de cotas raciais para ingresso em universidades públicas ou feminina em partidos políticos; e (d) empurrõeszinhos (chamados “*nudges*”) para incentivar determinadas escolhas, por exemplo a partir da divulgação de informações ou da simplificação de processos.

suave, esta última conceituação nos permite excluir aquelas intervenções que - apesar de não limitar as demais opções ou gerar custos consideráveis (econômicos ou sociais) - prejudicam a capacidade deliberativa dos indivíduos, por exemplo através de estímulo à irracionalidade.

Essa definição mais ampla reflete a essência do *nudging*: preservar a “liberdade de escolha” do indivíduo ante as opções disponíveis. Em outras palavras, quando expostas a várias alternativas, independentemente da técnica utilizada, as pessoas sempre poderão escolher um caminho, uma ação, em detrimento de outra, sendo ou não aquela na qual a política pretende estimular². Embora originalmente aplicada ao contexto público, percebe-se que tais intervenções “podem” e “são” implementadas no âmbito privado, por exemplo, quando empregadores aplicam a arquitetura de escolha em processos internos ou quando empresas oferecem produtos ou serviços (THALER e SUNSTEIN, 2008).

Característica que se torna evidente a partir dos exemplos supracitados, é que geralmente o *nudging* operacionaliza-se por medidas de baixo (ou nenhum) custo e de grande potencial de êxito econômico, bem como em outras áreas - como na saúde, na educação, na proteção de dados pessoais e outros. Por SUNSTEIN (2014), na maioria das vezes, objetiva-se simplificar a vida, torná-la mais segura e fácil. Ainda que assim o seja, insta salientar que, apesar das vantagens ao *nudger* - quem imprime a vontade da política -, e de em um primeiro

² Esses incentivos, conforme sugestão de SUNSTEIN (2014), ao elencar os dez métodos que julga serem os mais relevantes, poderão materializar-se através de (a) regras por padrão, como inscrições automáticas a programas alimentares, de benefícios fiscais ou educacionais; (b) simplificação de processos, na medida em que a desburocratização tende a romper inércia ou procrastinação na adoção de determinados comportamentos que exijam proatividade; (c) “usos sociais”, costumes ou comportamentos a partir das expectativas do que se entende por “ideal” - vulgarmente o que se conhece por “comportamento de manada” ou “efeito manada”, em direta analogia ao comportamento animal que se reúne para proteção mútua ou fugir de predadores; (d) implementação de facilidades e conveniências, remetendo-se novamente à tendência humana de preferir ações que demandem o menor esforço, como ocorre com a disposição física de produtos saudáveis a venda de modo mais aparente e de fácil alcance - nesse sentido, ilustrativamente, rememora-se o “Portal da Transparência”# do Governo Federal brasileiro, criado pela Controladoria-Geral da União (CGU), em 2014, para que os cidadãos possam acompanhar assuntos relacionados à gestão e gastos públicos, que, conseqüentemente, permite a avaliação de desempenho e corrupção. A consolidação em ambiente único e de disposição intuitiva para a navegação, torna o processo democrático e informacional acessível ao grande público (Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/01-legislativa?ano=2018>, acesso em 12 de fevereiro de 2022); (e) divulgação das informações relevantes sobre determinados produtos ou comportamentos, tal qual a descrição da composição de produtos ou fármacos; (f) avisos, gráficos ou outros recursos, como a indicação de efeitos colaterais do consumo de bebidas alcoólicas e cigarros, de faixa etária para filmes e programas televisivos - O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve, no artigo 74: “O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. Impõe-se aos responsáveis pelos eventos públicos a afixação, “em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição”, das informações sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação (parágrafo único do mesmo artigo), fazendo, assim, uso de uma das técnicas de *nudge* (BRASIL, 1990) -; ou, ainda, o caso específico da intervenção operada pelo Twitter ao enviar avisos e gerar oportunidade de revisão de mensagem com potencial conteúdo nocivo ou contrário às regras da plataforma ou pausa cogente antes do envio que, de acordo com os resultados da pesquisa, gerou uma diminuição de 30% dessas postagens em comparação com aqueles que não foram expostos à estratégia (KATSAROS et al., 2021); (g) comprometimento prévio das pessoas com percursos para algum resultado fim, como o “passo-a-passo” para parar de fumar, na medida em que auxilia na organização e visão temporal do “como” e “o que” deve ser feito; (h) lembretes, como aqueles ativados em smartphones em conexão com as agendas eletrônicas pessoais e profissionais ou aplicativos, por exemplo, para lembrarmos de beber água; (i) provocação para algo que se pretenda implementar como, por exemplo, no cenário político e sanitário que se experiencia sobre a vacinação contra o COVID 19 em adultos e crianças onde se questiona a pretensão de aplicação em dependentes menores ou, no mesmo contexto, referenciado-se a perfil individual enaltecendo-se posturas ante o processo vacinal em outros programas nacionais; e (j) informar as pessoas sobre a natureza e as consequências de suas ações conforme dados de performance anteriores, como quando faturas de conta de luz contemplam histórico de gastos mensais e, a depender, estimular um consumo mais consciente e econômico (SUNSTEIN, 2014).

momento ter sido utilizado - ou apenas explorado cientificamente - como instrumento benéfico na implementação de medidas de interesse público, a prática do *nudge* apresenta potencial lesivo e, ao invés de aclarar vieses, pode, *a contrario sensu*, gerá-los contra a vontade primária dos sujeitos passivos a ele.

Nesse sentido, reiterando-se aquilo que se disse acerca do atual contexto histórico - político-econômico -, logo, de sociedade orientada por dados (*data-driven*), deve-se alertar aos riscos inerentes ao “*nudging* algorítmico”, ou seja, às influências provocadas por soluções tecnológicas, implementadas de forma automatizada, especialmente face à aparente objetividade e “confiança” associada a tais decisões matemáticas. Ainda mais insidioso é o fenômeno do “*Hypernudging*”, caracterizado pela personalização algorítmica em tempo real e pela reconfiguração de arquiteturas de escolha com base em grandes conjuntos de agregação de dados pessoais (YEUNG, 2017). Isso porque, ao antecipar as necessidades e estimular ações e comportamentos direcionados, torna os atores passivos (consumidores, cidadãos, usuários de sistemas, outros, a depender do contexto) mais vulneráveis e expostos (LANZING, 2019), não apenas do ponto de vista comercial, mas de forma mais geral, como vulneráveis e expostos a influências políticas e sociais³.

De fato, o ponto da insidiosidade é de importância crucial para a legitimidade do *nudging*: para que haja uma diagramação positiva e, portanto, para que o *nudge* seja algo benéfico aos *nudgees* (sujeitos passivos), consoante sugestão de THALER (2015), três seriam os critérios: (a) deverá gerar ou melhorar o bem-estar dos indivíduos; (b) ser transparente e não enganoso; e (c) possibilitar desvinculação ou desvio (*opt-out*) de forma intuitiva, então, o mais simples possível. Ao estudo, a literatura especialista da área de privacidade acrescenta outro ponto importante para fins de legitimidade: antes da sua implementação, é apropriado que se garanta que a direção, a saliência e a firmeza do *nudge* sejam proporcionais aos benefícios experimentados pelos usuários no curso da ação sugerida (ACQUISTI et al., 2017). Naturalmente, então, essa vantagem deverá ser considerada parte integrante dos fatores que determinarão a legitimidade da política, ou seja, uma baliza a ser oposta ao grau de intrusão necessário para atingir o objetivo desta.

Face à necessidade de se estruturar tal ponderação, a questão que surge é relativa às métricas e aos parâmetros para aplicação dos critérios supramencionados. Vejam-se:

I. Benefício.

Deverá a verificação de existência de benefício sobrepor-se à realidade de um indivíduo específico ou a de um grupo de indivíduos que são alvo da prática? Pensa-se não ser possível articular resposta única, padrão é aplicável a plurais sistemas. Variações surgirão a depender da área de aplicação do *nudge*. Por exemplo, pela experiência do direito concorrencial, entende-se que a avaliação deve ser a do impacto dessa intervenção sobre um mercado relevante e suas consequências competitivas. Já em outros contextos, dever-se-ia aplicar uma presunção (relativa) de vulnerabilidade e avaliar o impacto da influência de forma mais particularizada, utilizando como baliza o que se entende por “homem médio”⁴, sem se olvidar dos grupos

³ Exemplo clássico é o sucesso do “combo”: criação de perfis pelo acesso a dados pessoais, mineração e *nudge*, nas campanhas “Leave.EU”, para o Brexit# e a presidencial de Donald Trump, em 2016. A Cambridge Analytica, filial da Strategic Communication Laboratories, liderou a atividade de inovação aplicada nas disputas políticas com o desenvolvimento dos padrões de medição das características psicológicas dos usuários (especialmente do Facebook) – pelo Centro de Psicométrica da Universidade de Cambridge -, oportunizando o fornecimento de mensagem específicas a pessoas determinadas (CASTELLS, 2018, p. 58.).

⁴ Embora o ordenamento jurídico, a doutrina ou os tribunais não disponham de padrões éticos e morais objetivos, ou que sejam ampla e socialmente aceitos acerca daquilo que se entende por “homem médio”, especialmente quando na busca pelas métricas para mensuração de danos morais, entende-se que “(...)”, deve o julgador adotar a sensibilidade ético-social do homem comum, nem muito reativa a qualquer estímulo ou tampouco insensível ao

minoritários, classificados por ficção jurídica como ainda mais suscetíveis - como ocorre no direito consumerista, no trabalhista, no da criança e do adolescente⁵, e no da proteção de dados pessoais. Nestas circunstâncias, o indivíduo goza de limitações naquilo que se pode considerar como benefício admissível, atreladas às prerrogativas de compensação e reequilíbrio da relação, tais como as descritas direta e expressamente no texto normativo. Ainda que não se pretenda esgotar neste estudo o balizamento legal na seara consumerista, elegem-se alguns dos seus dispositivos no intuito de galgar maturidade para se dar prosseguimento à reflexão que aqui se faz. Nesse sentido, elencam-se dois direitos básicos do consumidor: “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”(grifo nosso)⁶, e “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”^{7/8}. A partir disso, depreende-se que uma prática que consegue desviar o consumidor da sua autonomia deliberativa sem a devida ciência ou capacidade de entendimento, seria provavelmente considerada ilegal.

II. Proporcionalidade entre o *nudge* e o *opt-out*.

O terceiro critério do supracitado teste diz respeito não apenas à existência de um *opt-out*, mas à facilidade do indivíduo alvo do *nudge* exercer esse *opt-out*. Hodiernamente, um dos mecanismos utilizados para avaliação da proporcionalidade de restrições a liberdades fundamentais é a o teste de proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002) - conhecido também como “*Least Restrictive Means test*” (SYKES, 2003) -, logo, como uma forma de registrar se haveria ou não uma forma menos intrusiva para atingir o objetivo perseguido com uma determinada medida. Contudo, para que esse teste seja aplicado corretamente, é necessário que se compreenda a motivação da coleta de dados, o benefício aspirado, bem como a efetividade de uma determinada medida em alcançar tal objetivo. Embora com base em uma generalização que foge da análise particularística exigida no caso concreto, BALDWIN (2014) propõe três graus para investigação a partir do cotejo proposto relativo à “intrusão vs. eficácia”. São eles: (a) de primeiro grau, referenciando a prática de *nudge* que contempla intervenções mínimas e, por sua vez, que respeitam a autonomia decisória do indivíduo e de caráter mais racional (consequentemente, menos emocional e impulsivo). Materializa-se, por exemplo, por meio do oferecimento de informações objetivas sobre a utilização apropriada do produto; (b)

sofrimento alheio” (STJ. Terceira Turma. REsp. 1.662.344/SP. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 20/3/2018. DJe.: 23/3/2018). Nos mesmos termos: STJ. Terceira Turma. REsp. 1.642.318/MS. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 07/2/2017. DJe.: 13/2/2017.

⁵ Reconhece-se legalmente a vulnerabilidade da criança e do adolescente, reconhecendo-se e impondo respeito à condição de “pessoa humana em processo de desenvolvimento”, por exemplo, pelos artigos 15 e 71, da Lei nº. 8.069, de 13 de junho de 1990 (BRASIL, 1990).

⁶ Artigo 6º, II, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

⁷ Artigo 6º, IV, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

⁸ São exemplos a vedação de práticas abusivas ao fornecedor de produtos ou serviços, como se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor para compelir aquisição de seus produtos ou serviços ou exigir vantagem nitidamente excessiva (Art. 39, IV e V, do Código de Defesa do Consumidor), e a garantia de que as cláusulas contratuais serão sempre interpretadas da maneira mais favorável a ele, consumidor (Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor) - O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº. 8.078/90, prevê como uma de suas bases principiológicas a vulnerabilidade do consumidor - art. 1º, inciso I -; dispõe sobre transparência e o direito à educação e à informação de forma clara e adequada, à facilitação da defesa de direitos, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova; contra a publicidade enganosa e abusiva; métodos comerciais coercitivos ou desleais; práticas e cláusulas abusivas, nulas de pleno direito e/ou com interpretação a interpretação mais favorável ao consumidor - arts. 6º, incisos II, III, IV e VIII; 36; 38; 39, incisos IV e V; 47; e 54, § 3º (BRASIL, 1990).

de segundo grau, um pouco mais intrusiva, na medida em que explora limitações pessoais associadas a vontade e ao comportamento para direcionar aquilo que se deseja, mas ainda sem opacidade, por permitir que o alvo entenda prontamente os mecanismos aplicados - como, por exemplo, a declaração aderente em programa de doação de órgãos com informações claras e precisas acerca de como proceder com a desvinculação do termo (*opt-out*); por fim, (c) de terceiro grau, em que não há - ou, se houver, é limitada - capacidade de perceber o processo no qual se está sujeito, como ocorre no manuseio de imagens vívidas e chocantes em campanhas contra o cigarro e a alimentação não saudável (consumo de *junk food*). Subtrai-se do exposto acima que, a depender do grau de intrusão do *nudge*, o *opt-out* deverá estar disponível de forma mais ou menos óbvia.

O ponto mais inovador da análise de BALDWIN, porém, diz respeito à particularização desses parâmetros: o autor propõe reflexão acerca da eficácia do *nudge* perante determinados perfis de indivíduos, dividindo-os entre indivíduos bem e mal intencionados, com alta ou baixa capacidade. Por bem ou mal intencionado, faz-se referência à conformidade e ao alinhamento - ou não - com o *nudge*, respectivamente. Por capacidade, a aptidão do sujeito passivo “obter”, “receber”, “absorver” e agir de acordo com o estímulo oposto. Reproduz-se tabela com acréscimo de vetores⁹ a fim de facilitar a compreensão:

Perfis	Nudge e respectivo grau			
	Mecanismos de informação: simples informação nutricional providenciada em embalagem de produto alimentício (nudge de 1º Grau)	Padrão: Regime de opt-out adotado na doação de órgãos (nudge de 2º Grau)	Design: área para fumantes afastadas do ambiente de trabalho (nudge de 2º Grau)	Aviso: fotografias impactantes de câncer nos pulmões a fim de controlar o consumo de cigarros (nudge de 3º Grau)
Bem intencionado e alta capacidade	Alta	Alta	Alta	Alta
Bem intencionado e baixa capacidade	Baixa	Alta	Alta	Alta
Mal intencionado e baixa capacidade	Baixa	Alta	Média	Alta
Mal intencionado e alta capacidade	Baixa	Baixa	Baixa	Média

Tabela 1: Eficácia do *nudge* conforme BALDWIN (tradução livre).

Frisa-se que, a depender da estratégia utilizada, o *nudge* terá impacto e resultados plurais. Note-se também a baixa eficácia das políticas de primeiro grau face à grande massa, bem como daquelas de segundo, face aos indivíduos mal intencionados e com alta capacidade. A implicação disso sobre o que o direito consumerista considera como “prática abusiva”, reside na mensuração do quanto o *nudging* é intrusivo e capaz de perverter a vontade dos indivíduos¹⁰.

⁹ São eles “Nudge e respectivo grau” e “Perfis”.

¹⁰ Perante a possibilidade da aplicação da análise de BALDWIN (2014) ao direito do consumidor, sugere-se novo exemplo e verifica-se o impacto. Assim, acompanhando os padrões delineados, discriminam-se os exemplos por grau: (a) pelo *nudge* de 1º grau, utiliza-se de mecanismo de informação e sugerem-se produtos que sejam similares àquele que se está visitando em *webpage* com envio ou apresentação de mensagens com teor similar aos textos “pessoas que viram esse produto também gostaram”, “Talvez você goste” ou outros. Note-se: a eficácia desse instrumento é baixa; (b) pelo de 2º grau, pelo mecanismo de simplificação, o *nudger* aproveita-se de uma informação, por exemplo, o fim de uma viagem do usuário de aplicativo de transporte privado, “carona”, por exemplo, entre os trajetos do aeroporto e a sua casa, para propor compra de uma pizza de restaurante próximo àquele local. Apesar simplicidade da estratégia eleita, esta estratégia pode ainda ser bastante eficaz; e, por último, (c) pelo de 3º grau, indica-se alerta em aplicativos de namoro online concernente aos riscos da prática de atos sexuais sem o uso de preservativos, na tentativa de promover a venda de determinada marca de camisinha. Figura-se também como estratégia eficaz. Identificada a eficácia e capacidade de estimular comportamentos que eventualmente divirjam da vontade inicial do consumidor, passar-se-ia à análise de sua intrusão na esfera individual deste e, conseqüentemente, do nível de abusividade do *nudge* - que variará conforme cada caso.

Dentre os exemplos arrolados no Código como conduta abusiva, citam-se o “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”; e o “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”¹¹.

III. Transparência.

Conforme o teste de THALER, indissociável ao *nudge* está a obrigatoriedade do quesito “transparência”, de informar adequadamente os recursos facilitadores - como “arquiteturas” e “design” - e as respectivas finalidades aos leigos. Nesse trilho, pode-se analisar a transparência a partir de dois vieses: pela perspectiva da prestação de contas (“accountability”), no qual se entende que será transparente aquela arquitetura de *nudge* em que a intenção e os meios eleitos para mudança de comportamento, inicialmente opacos, possam ser razoavelmente perceptíveis ao agente que está sendo estimulado pela intervenção (HANSEN E JESPERSEN, 2013); e, pela perspectiva deliberativa, que contempla dois cenários - sistemas - possíveis que se distanciam ante a métrica da capacidade de escolha que poderá ser maior/melhor ou menor/pior, a depender do grau das nuances influentes - que, por óbvio, são concomitantes. Vejam-se. O primeiro, identificado como “*System 1*”¹², relacionadas ao “impulso” e, portanto às experiências avaliadas como “rápidas”, “automáticas”, “sem esforço”, “associativas”, “intuitivas” ou “passionais”; e, o segundo, “*System 2*”, de caráter “mais racional” e, por conseguinte, remetendo a experiências que sejam “mais lentas”, “serial”, “exigente/que demande esforço”, “calculista” e “deliberadamente controlada”. Diante da vulnerabilidade presumida do agente passivo, sobreleva-se princípio básico a partir da lógica de que, quanto mais um *nudge* possa substituir a capacidade de escolha consciente e clara daquele, maior a necessidade - e obrigatoriedade - de se ofertar alerta ou informe visível, completo e simples, não sendo satisfatória apenas a menção prévia da ação de influência.

O diploma consumerista prescreve em diversos contextos a importância da informação como ferramenta na proteção do consumidor. A transparência aparece com critérios mais ou menos rígidos a depender da desproporção existente entre os pólos da relação como, por exemplo, quando envolvendo menores de idade¹³; no contexto da oferta de crédito, quando direcionada ao consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada¹⁴; ou, tratando-se crime, deduzindo-se da consideração como agravante, quando for ainda em detrimento de operário ou rurícola e “pessoas com deficiência mental interdadas ou não”¹⁵.

Para além da análise desses três critérios face ao regime consumerista, convém elencar outros dispositivos legais aptos a restringir o *nudge* ilegítimo. São eles: (a) o processo de reclamação administrativa ou judicial simplificada¹⁶, individual ou coletiva¹⁷, em alguns casos, gratuita¹⁸; (b) de ferramenta processual de inversão do ônus da prova¹⁹; (c) de responsabilização solidária de toda a cadeia de fornecedores de serviços ou produtos²⁰ o que, para além de aumentar as chances de ressarcimento de danos, pode gerar uma gestão e controle

¹¹ Artigo 39, IV e V, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹² Expressões subtraídas da teorização da economia comportamental.

¹³ Artigo 37, § 2º, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁴ Artigo 54-C, IV, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁵ Artigo 76, IV, “b”, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁶ Artigo 6º, VIII, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁷ Artigos 81 e 91 da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁸ Artigo 5º da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

¹⁹ Artigo 6º, VIII, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

²⁰ Artigo 18 do da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990).

entre parceiros comerciais, sem a necessidade da intervenção estatal; e, por fim, (d) de prevenção e tratamento ao superendividamento²¹.

Todavia, apesar dos mecanismos enumerados acima, insta asseverar que se considera o Código de Defesa do Consumidor incapaz de proteger contra o *nudge* por uma série de razões. Primeiramente, visto que suas métricas e técnicas de controle são aplicadas somente *ex post*, e não preventivamente: não há, por exemplo, a imposição de realização de qualquer estudo ou teste de proporcionalidade antes da aplicação do *nudge*, de registro e de estruturação de avisos ou respostas aos consumidores. Ademais, uma das limitações do CDC é sua aplicação somente às relações de consumo (e, portanto, não aos *nudges* inclinados a influenciar escolhas que não sejam de natureza comercial) e o entendimento que isso abrange apenas situações nas quais um indivíduo atua fora do contexto da sua atividade econômica, como regra, haja vista a possibilidade de invocar o Código face às situações de vulnerabilidade ou hipossuficiência (MARQUES; PFEIFFER, 2022). Contudo, o ônus da prova sobre tais circunstâncias de desequilíbrio entre os pólos da relação são um obstáculo que dificilmente será perpassado pelo alvo de *nudging*, na medida em que estudos sobre os efeitos de determinadas intervenções não estejam publicamente disponíveis.

Como (será) explorado na seção 4, as regras dedicadas à matéria ainda são apenas projetos incipientes e naturalmente muitas são as dúvidas associadas. Em situação mais crítica, elucubra-se sobre a possibilidade de utilização de dados pessoais, criação de perfis e/ou decisões automatizadas com uso de tecnologias inovadoras, para alavancar o êxito e vantagens derivadas em detrimento dos direitos e liberdades fundamentais, a problemática torna-se ainda mais perigosa.

3. FERRAMENTAS DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS PARA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NOS *NUDGES*

Considerando-se a premissa de que *nudge* é um instrumento - um mecanismo procedimental - torna-se fácil projetá-lo sobre outras áreas. Pelo presente ensaio, optou-se pelo recorte do sistema normativo de proteção de dados pessoais²². Notoriamente de inspiração europeia, no Brasil, promulgou-se a Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018, intitulada “Lei Geral da Proteção de Dados” (LGPD). Dentre os fundamentos da matéria previstos, elencam-se o respeito à autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; à livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; aos direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais²³. Nessa esteira, “saltam aos olhos” as interações possíveis com as práticas de *nudge* e a proteção de dados, bem como as semelhanças estruturais dessa face à legislação de defesa do consumidor, derivadas da pretensão legislativa de se garantir os direitos dos titulares de dados, tratados pelo modelo normativo como (hiper)vulneráveis²⁴.

De cariz principiológico, a LGPD, a partir da premissa da boa-fé, ancora-se nos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não-discriminação, da responsabilidade e da

²¹ Artigo 4º, X, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL 1990); e alterações introduzidas pela Lei 14.181 (BRASIL 2021)

²² Direito fundamental recentemente introduzido e assegurado constitucionalmente - art. 5º, inciso LXXIX - pela Emenda Constitucional nº. 115, de 2022 (BRASIL, 1988).

²³ Artigo 2º, II, III, VI e VII, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

²⁴ Dentre os dispositivos legais que permitem tal interpretação - de vulnerabilidade -, destaca-se, sob o aspecto procedimental, o § 2º, do artigo 42, desta, que prevê a possibilidade de inversão do ônus probatório a favor do titular de dados quando o Juiz entender que a alegação é verossímil, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular for excessivamente onerosa (BRASIL, 2018).

prestação de contas²⁵. Veja que, assim como no direito de proteção ao consumidor²⁶, a boa-fé objetiva é o pilar preambular de todo e qualquer tratamento de dados. Pelo princípio subtrai-se padrão ético-jurídico no qual depreende-se que, em toda relação obrigacional, as condutas devem pautar-se pela probidade, cooperação e lealdade (remete à ideia de “confiança”)²⁷. Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

(...), a **boa-fé objetiva** é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na consecução dos fins avançados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico (STJ. Terceira Turma. *REsp. 758518/PR*. Rel. Min. Vasco Della Giustina. J.: 17/7/2010. DJe.: 01/7/2010).

Assim, conforme disposto, o princípio da boa-fé objetiva baliza as relações em proteção aos consumidores e aos titulares de dados - o que, salienta-se, é uma limitação *top-down* às políticas de *nudge*.

No intuito de ilustrar a elasticidade dos cenários, replica-se a estrutura principiológica da proteção de dados ao *nudge*. Inicia-se reflexão a partir da “prestação de contas” e da “transparência”. Toda a estruturação da metodologia de controle prevista pelo sistema se ampara na obrigatoriedade de se registrarem os processos que envolvam tratamento de dados. Esses relatórios devem indicar, de forma detalhada, a “finalidade”, cujas balizas são a “necessidade” e a “adequação” daqueles dados coletados e do tratamento que se pretende realizar - fazendo-se aqui remissão à minimização de dados, princípio disposto expressamente na legislação europeia²⁸ -, para que assim se possa comunicar tanto aos titulares de dados²⁹, quanto às autoridades de controle. Neste material, deve-se documentar quais são as “medidas técnicas e organizacionais” adotadas “preventivamente” para mitigação dos riscos encontrados. Enfeixando e sugerindo amostragem similar para as políticas de *nudging*, estar-se-ia lidando com um formato passível de audição e, quando necessário, de intervenção³⁰.

Defronte a imprescindibilidade da avaliação de prévia sobre o impacto e intrusão desses mecanismos de estímulo, adiante, elucubra-se sobre as bases legais para tratamentos de dados pessoais e sua função como balizador do *nudge*. Desse modo, foca-se no consentimento e no legítimo interesse, haja vista a natural desnecessidade - devido à objetividade inerente - de articular discurso relativo às exigências contratuais, normativas, de interesse público, de

²⁵ Artigo 6º da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

²⁶ A boa-fé objetiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor, seja em disposição literal, art. 4º, III do CDC, seja por dedução pela imposição de estruturação contratual embasada na boa-fé, vedando-se cláusulas abusivas, art. 51, IV, do CDC, ou pela responsabilização de fornecedores pelo fato ou vício do produto ou serviço, art. 18 do CDC (BRASIL, 1990).

²⁷ Institui o Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, art. 422 (BRASIL, 2002).

²⁸ Artigo 5º, “c”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

²⁹ Rememora-se aqui o princípio do “livre acesso” e, portanto, a garantia de que as informações sejam disponibilizadas de forma facilitada e gratuita sobre forma e duração do tratamento de dados, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; e da “qualidade dos dados”, garantindo a exatidão, clareza, relevância e atualização desses conforme contexto e necessidade - art. 6º, IV e V, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁰ Na medida em que tais políticas atuam pela influência sobre a liberdade individual, direito fundamental, art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é cogente explorar tais relatórios e reproduzi-los naquilo que couber. Ora, exigir a exposição de motivos, riscos inerentes e medidas opostas para minoração do impacto desfavorável aos indivíduos, antes de aplicar o *nudge* ao grande público, são o mínimo necessário em um contexto compensatório.

pesquisa, para o exercício regular de direito, a proteção à vida, à integridade física e do crédito³¹.

Inaugura-se pela base legal do consentimento^{32/33}, sendo a que melhor garante a preservação da autonomia dos indivíduos. Trata-se, por definição legal, de manifestação positiva - de concordância ou anuência - assumida de forma livre, informada e inequívoca, a determinado tratamento de dados pessoais, para uma finalidade específica³⁴. Face à interface imediata com o titular, no contexto do *nudge* que envolve o tratamento de dados pessoais sensíveis³⁵, firma-se como única fundamentação legal possível.

Seguindo a lógica legislativa, exige-se que o consentimento seja obtido por escrito - com destaques de arquitetura e/ou design, por exemplo, com cláusula ostensiva e apartada no contrato - ou por outro meio que demonstre a manifestação assertiva da vontade³⁶. É por essa necessidade de manifestação assertiva, inclusive, que a lei preceitua que o ônus da prova do consentimento cabe ao controlador³⁷. Pela perspectiva europeia, verifica-se que a respectiva base legal é de articulação mais custosa, haja vista a imposição minuciosa de critérios mínimos e garantistas. Pela *Consideranda* 42, apreende-se:

(...), uma declaração de consentimento, previamente formulada pelo responsável pelo tratamento, deverá ser fornecida de uma forma inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples e sem cláusulas abusivas. (...) Não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado³⁸ (grifo nosso).

Na sequência, orienta-se:

A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, (...). Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução³⁹ (grifo nosso).

De modo sucinto, depreende-se: (a) a transparência e a cessão de informação inteligível, simples e de acesso facilitado; (b) a vedação daquilo que seja prejudicial ao titular; (c) a significância da granularidade do termo de consentimento; e (d) o reconhecimento da (hiper)vulnerabilidade dos donos dos dados, por conseguinte, a desproporcionalidade da relação que se estabelece nesse contexto (agentes de tratamento vs. titulares de dados pessoais). Ainda, desse dever correlato aos critérios para embasamento no consentimento, eclodem os direitos de sua revogação - a qualquer momento, expressamente, por meio facilitado e gratuito

³¹ Art. 7º da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³² Artigo 7º, I; 8º; e 10, I, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³³ Obviamente, o *nudge* pode se sustentar por outras bases legais - como o interesse público ou a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro -, porém, não cabem ao debate que se propõe pelo presente ensaio.

³⁴ Artigo 5º, XII, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁵ Conforme definição oficial, dado pessoal sensível é todo aquele versar “(...) sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”, art. 5º, II, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁶ Artigo 8º, *caput* e § 1º, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁷ Artigo, 8º, § 2º, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁸ Considerando 42 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

³⁹ Considerando 43 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

-, de ser informado das consequências negativas de não consentir o processamento, e de eliminar tais dados⁴⁰.

Outrossim, face à necessidade ou mera ambição de se tratar dados pessoais de menores de idades, a legislação pátria exige ainda que esse seja operacionalizado no seu melhor interesse e, como regra, quando criança, com o consentimento específico, em destaque, assinalado ao menos por dos genitores ou pelo responsável legal^{41/42}.

Outra base legal que enriquece o debate é a do legítimo interesse e respectivo instrumento de avaliação (*Legitimate Interest Assessment* ou LIA)⁴³. O tratamento de dados será lícito “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”⁴⁴. Sem adentrar aos debates associados à introdução dessa base para tratamento de dados na LGPD⁴⁵, e reconhecendo a necessidade de maior rigor na sua adoção, revisam-se os critérios do teste de proporcionalidade articulado no Grupo de Opinião de Trabalho do artigo 29 ou GT29 (EUROPE, 2017). No intuito de balancear o “legítimo interesse” do agente de tratamento de dados com as “legítimas expectativas” do respectivo titular, percorrem-se quatro etapas. Na primeira, debruça-se sobre a legitimidade do interesse que, conforme determinação legal, deve versar sobre uma situação concreta, portanto, parafraseando BIONI (2019, p. 253), de maneira que não seja um “cheque em branco”. Impõe-se também que tais desígnios sejam justificados por finalidade legítima, logo, conforme o ordenamento jurídico, fomentando uma vantagem, apoio e promoção das atividades do controlador. *A posteriori*, passa-se para verificação da necessidade do tratamento. Nessa fase, inquire-se a real pertinência dos dados coletados e, por conseguinte, estuda-se a minimização. Tratando-se de fundamentação subsidiária, e não sendo possível o enquadramento em outra base legal, prossegue-se para a terceira análise. Aqui, é oportuno avaliar o equilíbrio do tratamento de dados. Perquire-se se a operação almejada alinha-se às expectativas do titular dos dados, bem como à forma como o impacta. Em um primeiro momento, o que está em pauta é se o que se pretende com o tratamento é, dentro de determinado contexto, algo “esperado” pelo titular de dados e, por sua vez, que não o surpreenderia. No segundo, alavancam-se os direitos e liberdades fundamentais e varrem-se eventuais efeitos negativos sobre eles como, por exemplo, algo que possa ser discriminatório ou que fira a sua autonomia decisória. Por fim, mapeado o cenário de impacto e legitimidade, percorrem-se as salvaguardas aplicáveis ao caso. Garante-se a transparência como meio informacional, na tentativa de resgatar o poder de escolha quanto ao tratamento de dados e, distante da inicial abstração e generalização, aproxima-se da análise concreta da legítima expectativa individual face a determinadas

⁴⁰ Arts. 8º, § 5º; e 16, VI, VIII e IX, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴¹ Art. 14, *caput* e § 1º, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴² A cautela se firma em razão de serem pessoas em desenvolvimento, e, portanto, de poderem apresentar menor capacidade de perceber o risco no qual estão expostos, ou de conhecer e exercer seus direitos. Isto posto, clama-se pelo fornecimento de informações de modo claro, simples e acessível, em conformidade com as suas características - conforme os termos legais, art. 14, § 6º, da LGPD, “características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, (...)” (BRASIL, 2018), de forma inteligível aos responsáveis e à criança, bem como a manutenção pública das informações relativas aos tipos de dados coletados, às formas de utilização e aos procedimentos para exercício dos direitos - art. 14, § 2º, da LGPD (BRASIL, 2018). Por fim, destaca-se que excepcionalmente a coleta de dados poderá ocorrer sem o consentimento específico que agora se explora, quando essa for imprescindível para contatar os seus responsáveis legais, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, nunca repassando-os a terceiros sem a adequada anuência formal - art. 14, § 3º, da LGPD (BRASIL, 2018).

⁴³ Arts. 10, § 3º, e 37 da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴⁴ Art. 7º, IX, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴⁵ Artigo 10 da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

circunstâncias⁴⁶. O relatório encerra com a descrição dos meios técnicos - como uso da criptografia, do mascaramento, pseudonimização - e administrativos - como o controle de acessos e a gestão de contratos - inclinados à mitigação dos riscos antevistos.

Ora, perante a descrição supra, resta manifesta a aplicação reflexa ao *nudge*. O que se narra nada mais é do que uma revisão do panorama de influência sobre a vontade - a liberdade de escolha⁴⁷. Parece razoável e acessível, destarte, sugerir que se registre previamente tais mensurações ante a exposição e eventual sujeição dos indivíduos às intrusões de estímulo tendencioso.

Acrescendo-se hipótese de maior complexidade, explora-se, na sequência, o *nudge* que se aproveita do perfilhamento para fomentar seus interesses primários. Como justificativa, reprisa-se que os dados pessoais podem ser percebidos como um prolongamento do indivíduo e também como algo que, tratado, possa interferir na esfera relacional de uma pessoa. Nesse sentido, a proteção de dados posiciona-se como um instrumento apto a garantir o livre desenvolvimento da personalidade. O Regulamento europeu estabelece como definição de perfis,

qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações⁴⁸;

Pelo conjunto de dados pessoais de alguém, é possível que se produzam outros, por inferência. A partir de padrões de comportamento observados pelos seus “rastros digitais”, sejam cliques em lojas e-commerce, seja na introdução de palavras em ambientes de pesquisas, likes em postagens nas mídias sociais ou inclusão de lojas e ativistas sociais nessas, informações podem ser depreendidas a seu respeito (inclusive de teor sensível). Tais estereótipos que estigmatizam eventualmente gerarão discriminação, ação vedada pelo nosso ordenamento jurídico. Perante o potencial de influência sobre o poder decisório dos indivíduos, é temerário que não haja recursos de limitação. Justamente nesse contexto, cogita-se “ditadura algorítmica” e, portanto, a potente e perigosa combinação do perfilhamento ao processo de tomada de decisões automáticas.

A LGPD, no intuito de acautelar o titular de dados, prescreve, no artigo 20, o direito de solicitar revisão das decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado dos dados pessoais⁴⁹ - incluindo a definição de perfis⁵⁰ - que afetem seus interesses; a obrigação imposta ao controlador de fornecer informações claras e adequadas acerca dos critérios e procedimentos utilizados no processo implementado de automação das decisões, sempre que solicitado, resguardado os segredos comercial e industrial; e, na inobservância deste último, com base na ressalva legal, a possibilidade de sujeição à auditoria feita pela autoridade nacional

⁴⁶ Aqui, cogita-se a possibilidade de oposição (*opt-out*) pelo titular de dados ao tratamento proposto.

⁴⁷ Além de, essencial e obviamente, um teste de proporcionalidade.

⁴⁸ Artigo 4º, 4, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁴⁹ Por decisões exclusivamente automatizadas entendem-se por aquelas tomadas por meios tecnológicos e sem qualquer intervenção humana. Exemplo interessante articulado no Grupo de Trabalho do artigo 29.º para a proteção de dados, “Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, é sobre a aplicação de multas por excesso de velocidade (EUROPE, 2017, p. 9). Em um caso, elas são aplicadas com base exclusivamente nos registros capturados por radares e processamento automatizado - sem a definição de perfis -; no outro, a decisão automática passa a ser tomada com base na definição de perfis no qual os hábitos de condução do indivíduo são monitorados ao longo do tempo de tal modo que a classificação gerada - como reincidência e velocidade - impacte no valor da multa a ser aplicada (EUROPE, 2017).

⁵⁰ Insta salientar que tanto as decisões automatizadas podem ocorrer sem a definição de perfis, como a definição de perfis pode acontecer sem as decisões automatizadas; e vice-versa.

de controle para verificação de aspectos discriminatórios no tratamento automatizado de dados. Embora inegável a preocupação do legislador, é igualmente evidente a precariedade daquilo disposto.

Elegendo o exemplo do modelo europeu, discorre-se sobre suas estratégias assecuratórias. A partir do reconhecimento do potencial ofensivo de decisões tomadas exclusivamente com base em tratamento automatizado, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) prescreve o direito a não sujeição do titular de dados a essas decisões que produzam efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de maneira similar⁵¹ - como pode ocorrer na exposição do titular de dados ao *nudge* que modifique substancialmente seu comportamento ou sua direção eletiva. Para determinar se o impacto sobre o titular é significativo, nos termos do artigo 22, convém realizar análise casuística, mensurando-o a partir dos critérios propostos pelo GT29. São eles:

- a dimensão intrusiva do processo de definição de perfis, nomeadamente o seguimento de pessoas em diferentes sítios Web, dispositivos e serviços;
- as expectativas e a vontade das pessoas em causa;
- a forma como o anúncio é apresentado; ou
- a utilização de vulnerabilidades conhecidas dos titulares de dados visados (EUROPE, 2017, p. 24).

Verificados, portanto, a dimensão da intromissão do *nudge*, a forma em que as informações fundamentais são veiculadas, incluindo-se, então, quais fragilidades ou deficiências são exploradas para determinados fins e, enfim, o alinhamento com as expectativas do titular de dados, eleger-se-á o método como lícito e legítimo, ou não. Em outras palavras, diz-se ser permitido aos agentes de tratamento de dados manusearem estratégias de definição de perfis associadas aos processos de decisão exclusivamente automatizada, desde que a atividade de tratamento que tenha fundamento lícito⁵² e que se garanta o respeito a todos os princípios⁵³ previstos no diploma normativo ora em debate. Na hipótese, porém, da avaliação indicar impacto desproporcional e, portanto, com tratamentos de dados que impliquem elevado risco aos seus titulares, sobrevém a necessidade de realizar uma Avaliação (Relatório) de Impacto sobre a Proteção de Dados com respetiva estratégia de minimização de riscos, conforme previsto em ambas as diretrizes legais - europeia e brasileira⁵⁴. Caso os riscos não possam ser eliminados ou suficientemente mitigados, os processos de tratamento de dados e *nudge* não poderão ser perpetrados.

A regra geral prevista na GDPR, contudo, contempla três exceções. São elas: (a) quando a medida for necessária para a celebração - ações preliminares - ou a execução de contrato entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento; (b) for autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o titular de dados esteja sujeito - desde que amparados por salvaguardas em prol dos direitos, liberdades e legítimos interesses deste; ou, (c) for baseada em consentimento explícito do titular de dados⁵⁵.

Prescreveu-se ainda que, quando se estiver diante da primeira ou da última hipótese acima, o controlador deverá aplicar “medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos,

⁵¹ Artigo 22, 1, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁵² Conforme consta no artigo 6º da GDPR, são elas: o consentimento; ser o tratamento de dados necessário para execução de contrato; para o cumprimento de obrigação jurídica; para a defesa de interesses vitais; para o exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública; e, para o legítimo interesse do agente de tratamento ou terceiro (EUROPE, 2016).

⁵³ Elenca-se quais sejam (art. 5º da GDPR): licitude, lealdade e transparência; limitação das finalidades; minimização dos dados; exatidão; limitação da conservação; integridade e confidencialidade (EUROPE, 2016).

⁵⁴ Artigos 38 da Lei Geral da Proteção de Dados e 35 do Regulamento (UE) 2016/679 (BRASIL, 2018; EUROPE, 2016).

⁵⁵ Artigo 22, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão”⁵⁶ (grifo nosso). Veja-se aqui direitos que não foram transpostos no Direito brasileiro, quais sejam, o de obter intervenção humana, e o de contestar a decisão automatizada. Apesar da similaridade deste último com o direito a solicitar revisão, previsto na LGPD⁵⁷, subtrai-se do direito à contestação algo que, para além de revisar, possibilita obter explicações e apresentar resistência face aos aspectos apresentados - recursos esses *ex post* (KAMINSKI, 2019). Por decorrência lógica, também não criado na legislação brasileira, está o direito de oposição que, giza-se, deve ser exibido explicitamente, de forma clara e segregada das demais informações⁵⁸. Quando do seu exercício, sobrevém o direito à limitação do tratamento⁵⁹, logo, de interromper ou retardar seu início, desde que não existam interesses legítimos prevalecentes⁶⁰ - aqui entendidos como “razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados”, ilustrativamente, definição de perfis que possa beneficiar a sociedade como um todo, como no processo de contágio de doenças (EUROPE, 2017, p. 20). Não obstante, o direito à oposição ao tratamento de dados pessoais para fins de comercialização direta é concedido de forma incondicional (EUROPE, 2017, p. 21).

Em linha oposta, nos demais casos, convém proceder com análise prévia na qual a ponderação de interesses concorrentes é imperiosa. O Grupo de Trabalho do artigo 29.º para proteção de dados orienta que o responsável pelo tratamento deveria:

- considerar a importância da definição de perfis para o seu objetivo específico;
- considerar o impacto da definição de perfis sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados – o qual deve ser limitado ao mínimo necessário para atingir o objetivo; e
- realizar um exercício de ponderação (EUROPE, 2017, p. 20, grifo nosso)

Assim, trata-se de ação imprescindível ponderar as intenções do controlador com aquilo que respalda a objeção do titular, que, como bem assentado pelo Grupo, pode se apoiar em motivos de ordem pessoais, sociais ou profissionais (EUROPE, 2017, p. 20). Aprovado no teste de proporcionalidade, o responsável pelo tratamento, conforme mencionado, deverá adotar salvaguardas em prol dos direitos, liberdades e legítimas expectativas do titular de dados⁶¹. Traz-se, a título exemplificativo, a política de *nudge* que se embasa tanto no perfilhamento, quanto no processo de decisão exclusivamente automatizado. Imagina-se, então, em um pólo, cidadão em processo de endividamento, em outro, uma indústria farmacêutica que opera também diretamente com consumidor pela plataforma e-commerce. Essa empresa, detentora de dados do primeiro - tenham sido ou não fornecidos diretamente pelo titular - traça um perfil baseado nos seus dados médicos e começa a enviar por SMS com produtos a preços atraentes e adequados às necessidades e padrões de consumo desse potencial

⁵⁶ Artigo 22, n.º 3, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁵⁷ Artigos 20, *caput*, da Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁵⁸ Artigo 21 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁵⁹ Artigo 18, n.º 1, alínea “d”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁶⁰ Artigo 17, n.º 1, alínea “c”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁶¹ Convém pontuar que a norma brasileira não faz menção ao tratamento de dados pessoais de menores com base em decisões unicamente automatizadas. A GDPR, por sua vez, traz interpretação pela *Consideranda* 71, que leciona que tais tratamentos, incluindo o perfilhamento, que tenham efeitos jurídicos ou outros similarmente significativos, “não deverá dizer respeito a uma criança”. O GT29 (EUROPE, 2017) ainda recomenda que, “regra geral, os responsáveis pelo tratamento não invoquem as exceções previstas no artigo 22.º, n.º 2, para justificar esse tratamento”. Ademais, em atenção à vulnerabilidade, a *Consideranda* 38 frisa a imperiosidade de se assegurar proteção especial à “utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças”.

cliente. Pergunta-se: o quão eficaz será esse *nudge*? Inicia-se por representação gráfica pela tabela de BALDWIN:

Tabela 4: Eficácia do *nudge* no contexto de decisões exclusivamente automatizadas e criação de perfis.

O impacto dessa política é bastante óbvia. Na equação onde se somam informações pessoais relevantes, por vezes sensíveis, por meio de decisões automatizadas, a intenções comerciais adequadas ao perfil do alvo, o resultado só pode ser avassalador e potente. Mesmo perante aquelas pessoas que não se alinham às intenções do *nudger* podem ser persuadidas.

Consoante todo o exposto, é cristalina a força que o *nudge* pode ter. A capacidade de perverter intenções e ofender direitos e liberdades fundamentais desequilibra as relações e, naturalmente, demanda melhor gerência. Viciar o consentimento deve gerar responsabilização e, configurada coação⁶², a depender, até mesmo criminalmente. O panorama brasileiro, contudo, contempla ainda muitas lacunas regulatórias - seja na seara consumerista, na de proteção de dados pessoais ou de *nudge*. Mesmo que se possa alongar o princípio da boa-fé objetiva para alcançar a avaliação da proporcionalidade das medidas adotadas influenciar pessoas e para, dessa maneira, p de não prevenir, promoverá - unicidade e imaturidade do judi

4. A EMERGÊNCIA DE LEC

Nos últimos anos, a cres mídias sociais conduziu à for Estados Unidos da América, na enfrentamento do *nudge*. Em v características dessas propostas abordagens oferecem uma tute econômica.

A primeira delas, introduzida em formato bi-partidário no Senado, em abril 2019, foi nomeada “Deceptive Experiences To Online Users Reduction Act”, ou “DETOUR Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2019). O seu objetivo declarado é proibir o uso de práticas exploratórias e enganosas por grandes fornecedores de serviços online (com pelo menos 100 milhões de usuários, autenticados dentro de 30 dias), assim como promover o bem-estar do consumidor face ao uso de pesquisa comportamental feita por tais provedores. Verossimilmente em reação à descoberta do experimento de “contágio emocional” conduzido pelo Facebook sem consentimento ou ciência dos usuários, em 2014 (SELINGER; HARZOG 2015), a legislação criaria uma obrigação para aqueles gigantes tecnológicos obterem autorização prévia, concedida por uma comissão de revisão independente, e de informar de forma clara e periódica (pelo menos a cada 90 dias) tanto os usuários que estarão envolvidos com seus dados em estudos comportamentais ou psicológicos sobre a finalidade geral desses estudos, quanto o público geral sobre os estudos na hipótese de haver pesquisas direcionadas à promoção de maior engajamento ou aquisição de produtos. Para além, o projeto veda para *todos* os provedores de serviços online, o seguinte: (a) a segmentação de consumidores em grupos para experimentos ou outros tipos de pesquisa psicológica ou comportamental, exceto se houver consentimento expresso daqueles; (b) a manipulação, o desenho ou a modificação das interfaces do usuário com a finalidade ou o efeito substancial de prejudicar a autonomia, a

Perfis	Graus
	Implementação de facilidade ou conveniências: Proposta comercial atraente com base em perfil pessoal (nudge de 2º Grau)
Bem intencionado e alta capacidade	Alta
Bem intencionado e baixa capacidade	Alta
Mal intencionado e baixa capacidade	Alta
Mal intencionado e alta capacidade	Baixa

nos, sabidamente, além justiça, à ausência de ciedade.

MANIPULAÇÃO

dentro do contexto das legislativas, todas nos latório horizontal para o se acerca das principais tuito de avaliar se tais nente na livre iniciativa

⁶² Pelo termo, entende-se: “a coação depende de eventual omissão ou ação viciada de um agente por causa de uma violência, que deve consistir-se em ameaça de um sério e injusto” (STJ. Segunda Turma. REsp 1.370.272/DF. Rel. Min. Mario Campbell Marques. J.: 27/8/2013. DJe.: 4/9/2013).

decisão ou a escolha para a obtenção de dados pessoais; e, por último, (c) as práticas de *design* e manipulação com o fim ou a consequência de encorajar a utilização compulsiva dos serviços online por crianças.

Embora a preocupação por trás desta proposta seja clara e da qual se partilha de entendimentos comuns, duas críticas são feitas sobre a técnica legislativa escolhida. Primeiro, de um ponto de vista substancial, a lei é demasiadamente ambiciosa, e até pouco realista, ao condicionar à permissão prévia e transparência posterior uma atividade que de fato é conduzida repetidamente quase que todos os dias pela maioria dos provedores de serviços online: isso se aplica tanto à segmentação de consumidores, para testar efeitos de determinadas características do serviço (por exemplo, o *design* da arquitetura de escolha, o chamado *A/B testing*), como à condução de pesquisa direcionada à promoção de maior engajamento ou aquisição de produtos, que são os objetivos comuns para praticamente todos os operadores de *websites* com finalidades comerciais. Uma solução mais razoável seria exigir a autorização prévia do *Independent Review Board* (IRB) para estudos que possam ocasionar impacto significativo sobre os indivíduos, assim como foi a escolha dos legisladores no artigo 20, da LGPD, e no 22, da GDPR.

Em segundo lugar, e, coincidentemente, o aspecto mais interessante para a governança da atividade de *nudging*, é que o projeto ultrapassa o seu próprio objetivo declarado, impondo obrigações de difícil implementação não apenas nos gigantes tecnológicos que ela busca regular, mas em qualquer outro fornecedor de serviços online. O que se eleva aqui para os fins deste estudo é a causa dessa dificuldade de implementação, que reside na interpretação de conceitos como os de "efeito substancial de prejudicar a autonomia, a decisão ou a escolha" e de "manipulação". Tal quesito permanece controverso nas três propostas legislativas mencionadas nesta seção.

Contudo, o ponto mais contraditório do projeto remete aos mecanismos de identificação de padrões de *design* responsável. Por eles, atribui-se a faculdade às “associações de padrões profissionais” de identificar condutas que não tem a finalidade ou o efeito substancial de prejudicar a autonomia, a capacidade de decisão e escolha dos usuários, ou de cultivar o uso compulsivo por uma criança. Em outras palavras, cada associação obteria a capacidade de criar um “porto seguro” (*safe harbor*) para os operadores da área, onde a *Federal Trade Commission*⁶³ - entidade encarregada por fiscalizar as obrigações impostas pelo projeto - poderia averiguar as práticas elencadas apenas na hipótese de má-fé do respectivo operador. Cabe mencionar que esse regime de fiscalização é fortemente vulnerável à captura regulatória; ademais, ao não exigir critérios de multisetorialidade e transparência a serem respeitados por essas associações, o projeto falha por não traçar um caminho baseado em evidências para determinar a licitude dos respectivos nudges.

O segundo projeto de lei, também de 2019, foi chamado “Social Media Addiction Reduction Technology Act”, ou “SMART Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2019). Com o principal objetivo de proibir práticas que explorem a psicologia humana ou a fisiologia do cérebro para impedir ou obstaculizar substancialmente a liberdade de escolha nas mídias sociais, a proposta decreta a ilegalidade da operação de serviços online que não apresentem alternativas para escolha dos consumidores de forma neutral para aceite ou discordância- isto é, com a equivalência de ícones e ações necessárias para se aceitar ou não o processo, bem como sem opções pré-selecionadas. Outrossim, ela proíbe a operação de mídias sociais que não disponibilizam interface de fácil utilização e que permita o monitoramento do tempo despendido nesta, pelo usuário, e atribui à FTC a tarefa de submeter ao Congresso um relatório periódico (a cada 3 anos) sobre a adicção à internet e aos processos pelos quais as mídias sociais interferem na liberdade de escolha. Pelo ensaio, também cabe à FTC a promulgação, em

⁶³ Comissão Federal do Comércio (tradução livre).

conjunto com a Secretaria de Saúde e de Serviços Humanos, de normas de duração trienal que proíbem tais práticas.

Veja-se que a proposta resulta mais prudente que a precedente, ao delimitar de forma mais razoável seu âmbito de aplicação, bem como ao fornecer critérios concretos para determinar a existência de influência indevida. Todavia, esse enfoque limitado não permite lidar com a multitude de tipos de estímulos que não dependam de eventual aceite ou discordância, mas que derivam da forma na qual os indivíduos são direcionados para uma determinada escolha fluidamente (como, por exemplo, por recomendação algorítmica). É verdade que o projeto atribui à FTC um poder normativo mais amplo para identificar tais práticas, junto com outros departamentos governamentais, porém, infelizmente, carece de critérios para determinar o escopo dessa atividade normativa - eis o problema recorrente acerca da interpretação de termos vagos. A equiparação dos diferentes embaraços de adicção à internet e de ingerência na liberdade de escolha só dificulta tal interpretação.

Por fim, a última, e, ao nosso ver, talvez a proposta legislativa mais cuidadosa, foi divulgada em fevereiro de 2022, com o título “Nudging Users to Drive Good Experiences on Social Media Act”, ou “Social Media NUDGE Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2022). Esse projeto reconhece a dificuldade de se intervir de forma efetiva contra a adicção às mídias sociais e à amplificação de conteúdo danoso por intermédio de algoritmos e decisões automatizadas, embora, ao mesmo tempo, aposte no caráter promissor de pequenos “empurrõesinhos” para prevenir tais efeitos. Nessa esteira, atribui à “Academia Nacional de Ciência e a Academia Nacional de Ciência, Engenharia e Medicina” a importante tarefa de conduzir estudos sobre a medição do impacto negativo das mídias sociais sobre a saúde física e mental dos indivíduos, assim como sobre as possíveis intervenções a serem implementadas pelas plataformas para redução desses impactos. De forma inédita, a proposta vincula a futura ação regulatória da FTC nesta seara à implementação das sugestões avançadas pelas duas Academias, podendo aprová-las ou não, na literalidade e, portanto, sem alterá-las. Outrossim, em comparação com os documentos precedentes, essa proposta concede o direito à defesa para plataformas que considerarem algum aspecto da intervenção exigida como não factível tecnicamente, que impeça alguma de suas funcionalidades essenciais ou comprometa a segurança dos dados dos usuários. Sendo o caso, a plataforma reclamante deverá produzir as evidências que fundamentam respectivas conclusões.

Desta, ao menos duas inovações merecem destaque. Primeiro, a proposta reconhece que os *nudges* têm grande potencial como instrumento de regulação e, nesse trilha, dispõe sobre possível imposição desses, pelas as mídias sociais. Segundo, os instrumentos previstos para suportar a construção de uma base robusta base de evidências sobre os efeitos de vários *nudges*, de natureza multissetorial, são mais apropriados do aqueles dispostos nos projetos anteriores. A efetiva capacidade regulatória da FTC depende tanto dos insumos fornecidos pela comunidade científica, quanto da factibilidade e das consequências dessas intervenções no mundo real, que somente poderão ser verificadas com um processo robusto que garanta o contraditório e a ampla defesa das empresas afetadas. Nada obstante, o que falta nesta arquitetura normativa é a participação dos usuários nesses processos de identificação e a possibilidade de particularizar a análise das intervenções de maneira quase que personalizada, como acontece na operação dialética instaurada para a contestação de decisões automatizadas por um titular de dados pessoais. Isto demonstra que a proteção de dados permanece como um importante pilar, sem se olvidar da urgência de regulação específica dedicada às práticas de *nudging* e/ou manipulação, para preservar a autonomia dos indivíduos em uma Era de *big data* e inteligência artificial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse texto, explorou-se a capacidade do sistema legal de controlar as práticas de *nudging* contrárias à boa-fé objetiva e de fornecer as ferramentas para enfrentá-las face aos avanços da inteligência artificial e dos *big data*. Em primeiro lugar, a fim de distinguir *nudging* lícito e de ilícito, foi apresentado um teste baseado em três elementos: (i) a existência de um benefício para o sujeito alvo do *nudging*; (ii) a existência de transparência; e (iii) a facilidade de *opt-out*. Consequentemente, ponderou-se em que medida o direito de proteção ao consumidor permite operacionalizar esses critérios, identificando alguns pontos de controle, quais sejam, a inaceitabilidade de eventual benefício de alguns para justificar danos a grupos de indivíduos vulneráveis, a condenação como condutas abusivas de intrusões excessivas na liberdade de escolha dos consumidores, e a imposição de numerosos deveres de transparência. Isto posto, concluiu-se que o direito consumerista é inadequado para fornecer resposta aos desafios do *nudging* em sentido *lato*, tanto pelo alcance limitado do diploma, que deixa de proteger empreendedores ou indivíduos sujeitos a práticas em contextos não comerciais, quanto pela falta de deveres documentais preventivos de ponderação de interesses dos sujeitos atingidos por tais práticas.

Como fonte de ferramentas alternativas para o combate de *nudging* ilícito, analisou-se o potencial do direito à proteção de dados. Particularmente, ilustrou-se como o regime da LGPD compensa algumas das lacunas supracitadas, por exemplo, com a imposição das obrigações de produção de relatório de impacto para casos de alto risco, assim como a de documento de avaliação do legítimo interesse. Explicou-se como a tutela especial oferecida contra decisões automatizadas com impacto significativo no indivíduo expande o campo de preservação da autonomia individual - garantido pela expressão do consentimento em formato livre, inequívoco e informado - e possibilita maior transparência e contestabilidade. Fazendo isso, demonstrou-se a utilidade do teste mencionado acima para *nudging* lícito no contexto brasileiro, que carece de uma série de mecanismos de controle que estão presentes no contexto europeu: em primeiro lugar, a proibição de decisões automatizadas fora das exceções previstas pela lei, implicando na classificação do maior mecanismo de controle, portanto, ser a possibilidade de revisão dessas decisões e de solicitar audição pela autoridade de controle; e, em segundo, a falta de direitos de explicação e de contestação das decisões automatizadas, assim como o de oposição aos tratamentos baseados em legítimo interesse. Em vista dessas lacunas, o teste que se propôs permite filtrar as avaliações de legítimo interesse ao suporte de decisões de *nudging*, limitando a validade dessa base legal apenas a hipóteses que envolvam um benefício para o titular de dados, que sejam feitas de forma transparente, e que deixem uma possibilidade de oposição proporcional à intrusão no processo deliberativo do indivíduo.

Ao longo do texto, reconheceu-se o desafio relativo à medição dos efeitos dos *nudges* anteriormente ao seu respectivo *design*, tanto para a atuação dos *nudgers* de forma mais efetiva e na prevenção de possíveis violações normativas, quanto para que os *nudges* possam se basear em informações empíricas para invocar a tutela jurídica relevante para determinados tipos de *nudges*. Desse modo, a legislação mais recentemente introduzida nos Estados Unidos da América foi considerada promissora por gerar uma base empírica robusta e a possibilidade de uma discussão multissetorial para a identificação dos padrões de condutas responsáveis nesse sentido. Em outras palavras, o Social Media NUDGE Act representa um passo importante na direção da conscientização sobre a existência e os efeitos dessas práticas, indispensáveis para o êxito face aos indivíduos (BLANCHY et al, 2021). Isto se trata, contudo, de resposta complementar ao teste que se introduz neste artigo: a produção de evidência documental não serve, por si só, para resolver questões interpretativas sobre o que se entende por manipulação, interferência com ou sem subversão da liberdade de escolha. Ante o exposto, a expectativa é que o teste fornecido por este artigo auxilie o operador jurídico a balizar os diferentes interesses - eventualmente, conflitantes -, no intuito de filtrar o *nudging* ilícito e estimular intervenções que produzam efeitos reconhecidos por nossa sociedade como positivos.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI et al. *Nudges for privacy and security*: Understanding and assisting users' choices online. *ACM. Comput. Surv.* 50, 3. Article 44: 2017, p. 41.

AVERITT; LANDE. Consumer Sovereignty: A unified theory of antitrust and consumer protection law”. 65. *Antitrust Law Journal* (1997), PP. 713–714.

BALDWIN, R. *From Regulation to Behaviour Change*: Giving Nudge the Third Degree. *Modern Law Review*. Vol. 77. Issue 6. 2014, pp. 831–857.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e Direitos Fundamentais* (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção De Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Editora Forense, 2019.

BLANCHY, K. B.; ROSSI, A.; RIVAS, S.; DOUBLET, V.; KOENIG, V.; LENZINI, G. “*I am Definitely Manipulated, Even When I am Aware of it. It’s Ridiculous!*” - Dark Patterns from the End-User Perspective. *DIS 21: Designing Interactive Systems Conference 2021*. 2021, pp. 763–776.

BRASIL. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 07/02/2022.

BRASIL. Casa Civil. *Lei no 8.069 / 1990*. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 07/02/2022.

BRASIL. Casa Civil. *Lei no 8.708 / 1990*. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acessado em: 07/02/2022.

BRASIL. Casa Civil. *Lei no 10.406 / 2002*. Brasília, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acessado em: 07/02/2022.

BRASIL. Casa Civil. *Lei no 13.709 / 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acessado em: 07/02/2022.

CALO, R. *Digital Market Manipulation*. 82 *Geo. Wash. L. Rev.* 995. 2014. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=faculty-articles>>. Acesso em: 07/02/2022.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: Economia, sociedade e cultura*. Vol II.: O poder da identidade. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

EUROPE, Council of. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento europeu e do Conselho*. Luxemburgo, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acessado em: 07/02/2022.

EUROPE, Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a proteção de dados. *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*. 17/PT. WP251rev.01. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_pt>. Acesso em: 07/02/2022.

HANSEN, P. G.; JESPERSEN, A. M. Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy. *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 4, No. 1 (2013), pp. 3-28.

KAMINSKI, M. E. The Right to Explanation. Explained (June 15, 2018). U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 18-24. *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 34, No. 1, 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3196985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3196985>

LANZING, Marjolein (2019). “Strongly Recommended” Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies. *Philosophy and Technology*. 32 (3), 2019, pp. 549-568.

MARQUES, C. L.; PFEIFFER, R. A. C. *Dissemination of Consumer Law and Policy in Brazil: The Impact of EU Law*. J Consum Policy (Dordr). 2022 Jan 22:1-22. DOI: 10.1007/s10603-022-09503-w.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SELINGER E.; HARTZOG W. Facebook’s emotional contagion study and the ethical problem of co-opted identity in mediated environments where users lack control. *Research Ethics*. 2016;12(1):35-43. doi:[10.1177/1747016115579531](https://doi.org/10.1177/1747016115579531)

STJ. Terceira Turma. *REsp*. 758518/PR. Rel. Min. Vasco Della Giustina. J.: 17/7/2010. DJe.: 01/7/2010.

STJ. Segunda Turma. *REsp* 1.370.272/DF. Rel. Min. Mario Campbell Marques. J.: 27/8/2013. DJe.: 4/9/2013

STJ. Terceira Turma. *REsp*. 1.642.318/MS. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 07/2/2017. DJe.: 13/2/2017.

STJ. Terceira Turma. *REsp*. 1.662.344/SP. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 20/3/2018. DJe.: 23/3/2018.

SYKES, Alan O. *The Least Restrictive Means*. The University of Chicago Law Review. Vol. 70, No. 1, Centennial Tribute Essays. Winter: 2003, pp. 403-419.

THALER, R. H. The power of nudges, for good and bad. The New York Times, October 31st 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/01/upshot/the-power-of-nudges-for-good-and-bad.html?_r=0>. Acesso em: 07/02/2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Deceptive Experiences To Online Users Reduction Act or the DETOUR Act*. S.1084. 2019. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1084/all-info>>. Acesso em: 18/02/2022

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Social Media Addiction Reduction Technology Act or the SMART Act*. S.2314. 2019. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2314>>. Acesso em: 18/02/2022

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Social Media NUDGE Act*. S.3608. 2022. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3608?s=1&r=4>>. Acesso em: 18/02/2022

YEUNG, Karen. 'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design. *Information, Communication & Society* (2017), p. 1-19.



Antitrust intent in an age of algorithmic nudging

Nicolo Zingales*

ABSTRACT

This article revisits the role of intent for the purposes of establishing an abuse of dominance under EU competition law. It does so by reviewing cases where the outcome hinged on the existence of anticompetitive intent, and eliciting from that a set of guiding principles. The consistency with those principles of the recent decision in *Google Shopping* is then discussed. After a critical examination of the definition of abusive conduct used by the Commission and the extent to which it satisfies the intent requirement in antitrust, the broader implications for providers of algorithmic intermediation services are explored.

Two recommendations are offered to ameliorate the *status quo*. First, courts and competition authorities should only take into account a defendant's subjective state of mind under a 'qualified intent' test: a test requiring proof of immediate, substantial and foreseeable anticompetitive effects arising from a purported conduct. Secondly, to constrain the scope of application of the actionable duty of algorithmic self-scrutiny, regulators should introduce a negligence-based 'safe harbor'. This safe harbour, mimicking the specialized regime of intermediary liability for information society service providers, would enable continued investment and innovation in algorithmic services while also promoting adherence to cross-industry best practices in algorithmic design.

KEYWORDS: Antitrust, intent, nudging, Google Shopping, negligence, safe harbor

JEL CLASSIFICATIONS: K21, K, L41

1. INTRODUCTION: UNDERSTANDING THE NOTION OF INTENT IN ANTITRUST ANALYSIS

What value, if any, should a court or competition authority give to incriminating emails or documents indicating a defendant's anticompetitive intentions? The role of subjective intent in antitrust analysis remains a controversial topic, having been at

* Nicolo Zingales, Lecturer in Competition and Information Law, University of Sussex. Email: N.Zingales@sussex.ac.uk.

The author wishes to thank for the thoughtful comments Aaron L. Nielsen and the organizers and participants of the annual scientific seminar on the Economics, Law and Policy of Communications and Media at the European University Institute on 22–23 March 2018.

the center of discussions by numerous commentators—especially in Europe and the USA.¹ Those in favour of a greater consideration of intent evidence argue that it constitutes an invaluable tool in the antitrust arsenal, allowing agencies and litigants to overcome situations where facts are ambiguous² or the evidence of harm to competition inconclusive.³ A further argument, advanced especially by US commentators, is that with antitrust analysis increasingly relying on effects and facing challenges in proving harm to innovation, ruling out intent evidence is likely to generate a significant amount of false negatives.⁴

On the other side of the fence sit those opposing a reliance on intent evidence for two reasons. First and foremost, ‘sales talks’ to the company’s employees encouraging them to beat and indeed eliminate competitors are indicative of an aggressive business strategy, which may or may not be anticompetitive in the first place.⁵ Secondly, banning any exhortation to compete aggressively would encourage firms to deploy more subtle forms of inducement, and thereby favour those who have the resources to master that complexification effectively. On that ground, intent evidence has been said to lack objectivity and reliability, as potentially both over-inclusive and under-inclusive.⁶

This criticism is well taken in a world where the requisite culpability can be grounded on *any* evidence documenting the defendant’s state of mind when undertaking a certain act. In that world, subjective intent can be a slippery slope, as it

1 See eg Frank Easterbrook, ‘Monopolization: Past, Present and Future’ (1992) 61 Antitrust Law Journal 99; Herbert Hovenkamp, ‘The Monopolization Offense’ (2000) 61 Ohio State Law Journal 1035; Ronald A Cass and Keith N Hylton, ‘Antitrust Intent’ (2001) 74 Southern California Law Review 657; Marina Lao, ‘Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis’ (2004) 54 American University Law Review 151; Geoffrey A Manne and E Marcellus Williamson, ‘Hot Docs vs. Cold Economics: The Use and Misuse of Business Documents in Antitrust Enforcement and Adjudication’ (2005) 47 Arizona Law Review 609; Antonio Bavasso, ‘The Role of Intent under Article 82 EC: From “Flushing the Turkeys” to “Spotting Lionesses in Regent Park”’ (2005) 26 (11) European Competition Law Review 616; Maria João Melicias, ‘The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis’ (2010) 33 World Competition 569; Maurice E Stucke, ‘Is Intent Relevant?’ (2012) 8 Journal of Law, Economics and Policy 801; Colm O’Grady, ‘The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU’ (2014) 37 (4) World Competition 459–86; Pinar Akman, ‘The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance’ (2014) 39 European Law Review 316; Pinar Akman, ‘The Tests of Illegality under Articles 101 and 102’ (2016) 61 (1) The Antitrust Bulletin 84–104. Pier Luigi Parcu and Maria Luisa Stasi, ‘The Role of Intent in the Assessment of Conduct under Article 102 TFEU’ in Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti and Marco Botta (eds), *Abuse of Dominance in EU Competition Law* (Edward Elgar 2017).

2 See eg Stucke, *ibid* 852.

3 See eg Lao, *ibid* 156.

4 The extent to which this insight is applicable in the EU, which presents a different legal provision and a different enforcement model, is rather underexplored. While this article is not aimed to address this question, the implications of the conclusions reached here about the proper use of intent in art 102 cases may be taken as useful departure point for that discussion.

5 Putting it in Richard Posner’s words: ‘it is the essence of the competitive process that all firms, including dominant ones, seek to prevail over their competitors on – and force them off – the market’. See *Olympia Equip Leasing Co v Western Union Tel Co*, 797 F.2d 370, 373 (7th Cir 1986). See also Judge Easterbrook’s opinion in *AA Poultry Farms, Inc v Rose Acre Farms, Inc*, 881 F.2d 1396, 1401–03 (7th Cir 1989).

6 Using Posner’s words once again: ‘In most situations eliminatory intent, notably, when inferred from documentary evidence, may lead to legal errors for its arbitrariness, that is, because it may be over-inclusive, since it may be too easy to find. Depending on the degree of legal sophistication of the concerned undertakings it may also be under-inclusive, since it can be too easy to hide’. Richard Posner, *Antitrust Law* (Chicago Press 2001).

might lead a court or competition authority to believe that the defendant engaged in anticompetitive conduct even where the anticompetitive outcome was in fact either impossible or highly unlikely to materialize given the circumstances.⁷ However, it is submitted that this is not the world in which EU antitrust enforcement operates.⁸ A close reading of some of the case-law of the European Court of Justice (CJEU) suggests that the notion of subjective intent can only be validly relied upon where, on net balance of the whole body of evidence, there is sufficient likelihood for the defendant's projected conduct to lead to anticompetitive effects. In other words, that notion must be integrated with an objective component, which relates to the closeness of the connection between the subjective state and the anticompetitive outcome. This resonates with the well-settled principle that:

abuse of dominance is an *objective concept* relating to the behavior of a dominant undertaking which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of that undertaking, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition, has the *effect* of hindering the maintenance of the degree of remaining competition or the growth of that competition.⁹

To fully appreciate this point, a clarification is needed to distinguish between the subjective type of intent (ie evidence of a defendant's state of mind) that we have discussed so far, and the objective intent to engage in anticompetitive conduct. Specifically, it is important to bear in mind the latter indicates the intent attributed to a dominant firm *by way of inference* from business decisions it made. Much of the case-law is confusing in this regard, as it fails properly differentiate between these two notions in referring almost invariably to 'intent' or 'intention', 'objective', 'strategy', and 'purpose' or 'aim' in lieu of using the subjective/objective dichotomy. However, that difference is crucial in determining how culpability is established. While in both cases there may be an inference process at some level of abstraction, objective intent is a legal construct which prescind from the existence of any form of volitional expression altogether. Objective intent is focused on the *presumed* state of mind of a reasonable person (rather than the defendant specifically) in committing a particular act or omission. It is obtained through an inductive process which is typically based on an ideal notion of *homo economicus*,¹⁰ as illustrated by widely

7 Say, for instance, finding relevant a clear intent to engage in predatory pricing to undercut competitor A when the predator is unaware of the existence of a more efficient competitor B, who will outlive predation and gain market share to the expense of both the predator and competitor A. Or a selective price cut directed at the wrong target.

8 This can be contrasted with the legal framework under US law, where conduct can fall foul of antitrust roles even in inchoate form (as conspiracy or attempt to monopolize).

9 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG v EC Commission*, ECR 461 (1979), para 91 (emphasis added).

10 This is generally the case for competition law; however, the broader reference is one of an analogy between ourselves and others on the basis of experience, which has been called 'homo psychologicus'. See Jeoren Blomsma, *Mens rea and defences in criminal law* (Intersentia 2012) 57.

deployed unilateral conduct tests such as the ‘no-economic sense’, the ‘profit-sacrifice’ and the ‘as-efficient competitor’ test.¹¹

Note that objective intent is fundamentally different from so called ‘indirect’ or ‘oblique’ intent (also known as *dolus indirectus*), which is when a person not only intends a particular consequence of their act, but also an additional consequence which is virtually certain to follow that act.¹² It also differs significantly from the so called ‘intention on possibility’ (or *dolus eventualis*), which means appreciating and accepting the considerable chance that a certain consequence may materialize. That being said, as a practical matter, objective intent will often overlap with *dolus indirectus* or *dolus eventualis*; this is particularly the case when the accepted consequence reasonably follows from economic logic. The key difference is that in the case of *dolus indirectus* and *dolus eventualis* the inquiry is subjective (into the mind of the person in question), while in the other it is purely objective (into the mind of a reasonable person). Thus, the subjective/objective nature of the inquiry marks a key difference between subjective and objective intent. For convenience, I will distinguish between ‘intent’ as the general subjective element denoting culpability for an offense (known in common law systems as *mens rea*), and ‘intention’ as the more specific type of culpability which is attributed following an inquiry into a defendant’s mind.¹³ In other words, ‘intention’ will be used to refer specifically to subjective intent, while ‘intent’ will be used more generally to include cases of negligence, which depend on a more objective type of intent.¹⁴

The rest of this article is structured as follows: Section 2 reviews the relevant cases in EU competition law and thereby illustrates the difference and interplay between different types of intent, and the closely related distinction between subjective and objective evidence. In Section 3, attention is placed on the recent EU Commission decision in *Google Shopping*, to examine the role played by subjective and objective intent in the Commission’s assessment, and attempting to reconcile the decision with previous case-law. Section 4 offers a possible solution to safeguard against overstretching of the role of intent, with particular regard for situations in which undertakings may assume liability for their own algorithmic design choices. Finally, Section 5 briefly summarizes and concludes.

2. EXPLORING THE ROLE OF INTENT IN ARTICLE 102 TFEU

Constitutive element?

Construing the place for intent in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Unions (TFEU) from the existing law is far from a straightforward.

11 See in this regard Unilateral Conduct Working Group, ‘Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws’ International Competition Network (2012) <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf>> accessed 9 May 2019; see also Erik Osterud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: the Spectrum of Tests* (Kluwer Law 2010).

12 *R v Woollin* [1999] 1 AC 82; [1998] 3 WLR 382; [1998] 4 All ER 103.

13 See in this sense the work of Anthony Duff, summarized by John Gardner and Heike Jung, ‘Making Sense of *Mens Rea*: Antony Duff’s Account’ (1991) 11 (4) Oxford Journal of Legal Studies 559–88.

14 Despite the characterization of negligence as a type of liability, for instance, the German system sees it as a type of intent, although with an objective element (*Tatbestand*). See Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2008) 59–60.

For starters, the textual basis contains no explicit reference to any subjective element in Article 102 TFEU. The article literally refers to *any* abuse 'by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States'. While intent could technically still be read into the word 'abuse', that interpretation clashes with the common interpretation of the CJEU's oft-cited *obiter dictum* in *Hoffman-La Roche*: that abuse is an 'objective concept', meaning that subjective state of mind is not a requisite for the establishment of an abuse. However, for purposes of the present discussion, it is interesting to note that the statement made by the Court in that case did not deal with subjective intent. Rather, the Court was concerned with distinguishing between the *active* or *passive* nature of the undertaking's conduct, rejecting the centrality (but not the relevance altogether) of such nature of intent in the establishment of an abuse. More specifically, the famous quote from *Hoffman-La Roche* about the *objective* nature of abuse was made in the context of rejecting the defendant's interpretation that an abuse according to Article 102 TFEU implies that 'the use of the economic power bestowed by a dominant position is the means whereby the abuse has been brought about',¹⁵ rather than with the dominant firm's *intention* to exclude rivals or harm consumers.

Of course, this does not mean that objectivity *cannot* be interpreted to exclude the consideration of *certain* elements relating to the subjective state of mind of the defendant,¹⁶ at least as a constitutive element of the abuse. But that is a step further, which was not made in *Hoffman-La Roche*. The implications of objectivity on the relevance of a defendant's state of mind were somewhat better explained in *Continental Can*, where the Court held that 'abuse' does not imply the existence of fault in the sense of a failure in propriety or morality: in other words, negligence suffices.¹⁷ However the example provided by the Court in that instance, referring to the takeover that it had deemed abusive, was focused not on the intention of the acquirer, but rather on the fairness of the price paid to the acquiree's shareholders. Fairness was not a relevant consideration, the Court explained, as the real problem was that Continental Can had through the takeover practically eliminated competition which existed, or was at least possible, on the concerned products. Hence, the takeaway from that ruling was that there is no need to prove an intention to harm competition, if that harm is indeed the practical result of the conduct.

One should not take this concept too far, however. A broad interpretation of the holding in *Continental Can* in the sense that *intent* to harm competition is unnecessary for the establishment of a violation under Article 102 would, if applied in connection with the imposition of a fine, raise serious due process concerns. To be sure, Article 23(2) of Regulation 1/2003 clearly indicates the need to establish intention or negligence in order to impose a fine on an undertaking. This point is particularly

15 *Hoffman La Roche* (n 9) paras 90–91. A close reading of para 91 seems to suggest that the free will of consumers in a particular transaction could be trumped by the ability of the dominant firm to influence the structure of the market in a way that constrains consumers more generally.

16 Or, as illustrated in *France Telecom* (below, the sub-section 'A typology of intent usage: disambiguation versus corroboration'), of factors that are inherently subjective.

17 Case 6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1973:22.

important considering the recognition by the European Court of Human Rights that competition fines are criminal in nature (despite their qualification as ‘administrative’ under EU law), and therefore trigger the application of the guarantees set out by Article 6 ECHR in relation to the right to be heard, including the presumption of innocence (enshrined also in Article 48 of the EU Charter of Fundamental Rights).¹⁸ The Court has also explicitly recognized the application of the principle of legality reflected in Article 7 ECHR (also known as ‘*nullum crimen, nulla poena sin lege*’) in competition cases,¹⁹ affirming that where EU legislation imposes or permits the imposition of penalties, it must be clear and precise so that the persons concerned may know without ambiguity what rights and obligations flow from it and may take steps accordingly. This implies that both knowledge (actual or constructive) and control over one’s anticompetitive conduct must be established before a fine can be imposed.

Yet it is arguable that the role of intent in Article 102 cases goes beyond the (admittedly broad) set of cases in which a penalty is imposed: the mere establishment of a violation presupposes the finding of some form of intent. Despite the absence of any explicit reference to it in the treaty and in the cases mentioned so far, a general intent to commit an act can be evinced from the definition of abuse given in *Hoffman-La Roche*, referring to ‘recourse to methods different from those which condition normal competition’.²⁰ A literal interpretation of this term suggests that it would be incorrect to conclude that a dominant undertaking is liable for conduct which is merely accidental and does not result from a breach of the undertaking’s duty of care. For instance, an undertaking should not be liable for the anticompetitive act of one of its employees if it can prove that the event was a result of a clerical mistake, or the malfunctioning of a computer system, that it could not have reasonably prevented or remedied. Put it another way, intent cannot be imputed for an event that is an unlikely consequence of an act, and which would have been unreasonable for an undertaking to consider. In such cases, neither subjective nor objective intent could be established. In this sense, the Court’s reference in *Continental Can* to a ‘practical result’ to harm competition should be interpreted to mean that no proof of intention to harm competition is needed insofar as that result is a *likely and foreseeable* consequence of conduct which could have practically been addressed by the undertaking.

This reading is consistent with the evolution of corporate criminal liability, which has in recent years overcome the enforcement gaps intrinsic in the theories of ‘identification’ (holding that a firm’s intent corresponds to that of its managers) and ‘collective knowledge’ (holding that a firm’s knowledge is the sum of the knowledge of its

18 *A Menarini Diagnostics SRL v Italy*, no 43509/08, 27 September 2011, para 42.

19 Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I5425, paras 215–23.

20 According to the Oxford dictionary, ‘recourse to’ refers to the ‘the use of someone or something as a source of help in a difficult situation’. The version in the original language (German) uses ‘*durch die Verwendung*’, which can be translated with the less purposive phrasing of ‘through the utilization’, or simply ‘by using’. Whatever version is picked however, the concept indicates a preordinate act to utilize certain methods of competition: not necessarily in the sense that it forms part of a competitive strategy, but at least meaning that it was not carried out under duress or by mistake, which distort the defendant’s real intention.

employees) by embracing an organizational model of culpability, ie establishing fault for failure to adopt adequate organizational measures to prevent the effects giving rise to the illegality.²¹ The Court has explicitly moved in that direction in EU competition law when it comes to the liability of an undertaking for the conduct of an independent contractor. First, it has long recognized that, where anticompetitive conduct is attributable to a person authorized to act on behalf of the undertaking, it is not necessary for there to have been action by, or even knowledge on the part of, the partners or principal managers of the undertaking concerned.²² Secondly, in the specific context of actions by independent contractors infringing Article 101, the Court has ruled that liability may attach not only when the service provider was in fact acting under the direction or control of the undertaking concerned, but also when the undertaking was aware of the anti-competitive objectives pursued by its competitors and the service provider, and intended to contribute to them by its own conduct. Or alternatively, in an even broader scope of application, where the undertaking could reasonably have foreseen the anti-competitive acts of its competitors and the service provider, and was prepared to accept the risk which that entailed.²³ While the Court has not had the opportunity to rule on the applicability of this organizational model in the context of Article 102, it has more generally held that the condition of existence of intention or negligence is satisfied if the undertaking concerned ‘cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it is aware that it is infringing the competition rules’.²⁴ From that, it is reasonable to assume that organizational measures will be even more important in the unilateral conduct context, as there is no need to predict competitors’ actions in order to determine one’s own conduct. A solid set of organizational measures (including, for example, a compliance programme) should be sufficient for a dominant undertaking to escape liability.

Another corollary of the dependence of an abuse on an intent-based notion of ‘recourse to methods different from those which condition normal competition’ is that it should not be an abuse for a dominant company to engage in conduct that is in line with methods applied in conditions of ‘normal competition’. That is, normal competition is a defence even where such company carries out the conduct with the (professed or implicit) intention to drive its competitors out of the market. This is because in order to be successful a plaintiff would need to show a causal link between an act or omission by the undertaking and a (possible) anti-competitive effect; however, that link is presumed to be lacking in cases of methods of operation conforming to that abstract notion of ‘normal competition’.²⁵ It goes without saying that such defence does not offer real prospects of success until

21 Cristina de Maglie, ‘Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law’ (2005) 4 (3) Washington University Global Studies Law Review.

22 Joined cases 100/80 to 103/80, *Musique Diffusion française and Others v Commission* EU:C:1983:158, para 97.

23 C-542/14, *SIA ‘VM Remonts’ (formerly SIA ‘DIV un KO’) and Others v Konkurences padomem* ECLI:EU:C:2016:578, para 33.

24 C-280/08 P, *Deutsche Telekom v Commission* EU:C:2010:603, para 124; C-295/12 P, *Telefonica v Commission* EU:C:2014:2062, para 156.

25 Note that this is quite apart from the need to show a direct link of causality between a dominant position and an alleged abuse (for example, implying that the abuse must occur in the same market where dominance exists), which was explicitly rejected both in *Continental Can* and in *Hoffman La Roche*.

the EU adjudicature provides an affirmative indication of the boundaries to 'normal competition' or 'competition on the merits', but that discussion goes beyond the scope of this contribution.²⁶

A typology of intent usage: disambiguation versus corroboration

So far we have only seen early judgments addressing intent negatively, ie to (explicitly or implicitly) negate the relevance of intent. However, more recent cases identify two possible roles of intent as relevant consideration for the establishment of a violation of Article 102 TFEU. The case of *AKZO*²⁷ laid out the distinction rather clearly. Confronted with the need to distinguish between legitimate and anticompetitive below-cost pricing of the products (vitamins) sold by AKZO to the customers of a competitor Engineering and Chemical Supplies (Epsom and Gloucester) Ltd (ECS), the Court accepted the Commission's distinction between two different scenarios. The first is where the exclusionary consequences of a price-cutting campaign by a dominant producer are so self-evident that no evidence of intention to eliminate a competitor is necessary. The second is where the low pricing could be susceptible of several explanations, which may render it necessary to prove the existence of an intention to eliminate a competitor or restrict competition. In cases involving the second scenario, intent (be it subjective or objective) serves to separate the wheat from the chaff, ie to clarify the purpose of a conduct that displays ambiguous welfare effects. In the former hypothesis, proving intent is not *necessary*, although it may be useful additional evidence to support the establishment of a violation.

The Court then famously operationalized those principles by crafting a presumption of predation for prices below average total costs, while requiring proof of a plan to eliminate a competitor for cases where prices are between average variable costs and average total costs. It then sought to prove the existence of an intention to eliminate ECS by pointing to an internal document prepared by one of AKZO's representatives showing that prices offered to one specific customer (Allied Mills) in January 1981 were established by calculating that they were 'well below' those charged to it by ECS. In the eyes of the Court, this showed that AKZO's intention was not solely to win the order, as otherwise it would have simply reduced its prices to the (lesser) extent necessary for that purpose, and not by such greater margin. Furthermore, this was to be seen in the context of prior meetings between AKZO and ECS where AKZO threatened to sell flour additives below its production costs if ECS continued to sell benzoyl peroxide. This spurred the ECS to apply for an injunction before the London High Court to prohibit AKZO from implementing the threats. In that light, the Court considered that by quoting to Allied Mills prices that were calculated on the basis of those offered by ECS to a similar customer, AKZO revealed an *aim* to set its prices at the lowest level possible without infringing the commitment made to the London High Court (that is, well below ECS's costs but above AKZO's average total costs).²⁸ In other words, documentary evidence was indicative of a subjective intent not simply to maximize profits, but actually (given AKZO's likely awareness of

26 Along these lines, see Akman, 'The illegality tests' (n 1).

27 Case C-62/86, *Akzo Chemie BV v Commission* ECLI:EU:C:1991:286.

28 *ibid* para 102.

the consequences of their price-cutting)²⁹ to eliminate ECS as a competitor from the market.

A similar situation presented itself in *Tetra Pak II*,³⁰ another case concerning predation where the Commission sought to prove what it called ‘eliminary intent’ to corroborate the finding that prices below average total costs amounted to predation. Here, the Court of First Instance (CFI) placed importance on the magnitude of the differences of prices of Tetra Rex cartons in Italy compared to other Member States (20–50 per cent), which gave rise to a presumption of the existence of a predatory plan. Furthermore, the Court found that presumption was consistent with the content of the reports of Tetra Pak Italiana’s board of directors of 1979 and 1980, which referred to the need to make major financial sacrifices in the area of prices and supply terms in order to fight competition (in particular, from the target of the predation in question—Pure Pak).³¹ This case thus stands as an illustration of the fact that subjective and objective intent may be used in parallel, reinforcing each other’s value. Obviously, the theoretical danger with parallel application is that of improper conflation: it would be problematic if antitrust analysis extrapolated an intent to eliminate competition from an utterance by a company’s manager or even a non-qualified employee, if the evidence clearly suggests that the company’s conduct is justified or even pro-competitive.³² This risk of confusion should in principle be minimized by the duty of the EU institutions to look at the evidence as a whole³³ and sustain only a finding of illegality based on a firm, precise and consistent body of evidence.³⁴ Nevertheless, the mere existence of this risk highlights the opportunity and need for rationalization of key principles.

Another judgment that discussed intent as a criterion of disambiguation with pre-competitive conduct was the CFI’s *Compagnie Maritime Belge*.³⁵ This case concerned a joint dominant position by *Compagnie Maritime Belge* and other members of a liner conference who had put in place a series of practices of selective price-cutting (known as ‘fighting ships’) deemed by the Commission to be indicative of a plan to eliminate a particular competitor (G&C). In the words of the CJEU, this is because where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives the dual benefit of eliminating a competitor in the liner shipping market and continue to charge high prices for the services not threatened by competition.³⁶ Arguably in recognition of the fact that

29 Note that this likely awareness, based on general experience, does not turn the intent in question from subjective into objective: it concerns knowledge and acceptance of the consequence of an intended action, rather than the presumed intention (negligence) in connection with a conduct displayed in the market.

30 Case T-83/91, *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-00755.

31 *ibid* para 151.

32 Manne (n 1) 652–54.

33 Case C-637/13 P, *Laufen Austria AG v European Commission* ECLI:EU:C:2017:51, para 68.

34 Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 and C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission* [1993] ECR I-01307, para 127.

35 Cases T-24/93 to T-26/93 and T-28/93 *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission* [1996] ECR II-1201.

36 C-395/96 P and 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transport and Others v Commission* [ECR] I-1365, para 117.

the conduct in question did not neatly fit into any of the typified abuses, the Commission went out of its way to show the existence of anticompetitive intent. However, it did not simply rely on objective intent established from evidence of a price-matching pattern: it relied on references in internal documents to ‘getting rid’ of the independent shipping operation, as well as the use of the term ‘fighting ships’ that was understood in the industry to define that particular kind of practice. On appeal of the Commission’s decision, the CFI approved the evidence on all counts, and rejected the relevance of the data presented by the defendant that G&C’s market share had actually increased during the period of the alleged practice. It argued that ‘where one or more undertakings in a dominant position actually implement a practice whose aim is to remove a competitor, the fact that the result sought is not achieved is not enough to avoid the practice being characterized as an abuse’.³⁷ The Court did not provide any circumstantiation to that statement, which is unfortunate given the risk of it becoming a slippery slope for the use of intent. Even if we were to accept the concept of an abuse ‘by object’, it remains crucial to ensure that, much like in the case of Article 101, such category identifies a specific set of practices whose harmful nature is proven and easily identifiable in the light of experience and economics.³⁸ Regrettably, this sweeping characterization of ‘by object’ abuse was not rectified as the CJEU upheld the judgment in its substantive part.³⁹

*France Telecom*⁴⁰ is perhaps the most controversial judgment in this area, and the one with the most confusing use of the word ‘intent’. Once again, it was a case of predation in circumstances in which it was necessary to prove an overall plan to eliminate the competitor (objective intent), as a second step of the test set out in *AKZO*. The claim by France Telecom on appeal before the CJEU was that the CFI had only relied on *subjective* factors to deem the anticompetitive plan proven; and this would be contrary to the requirements of the case-law to use *objective* indications, such as threats to competitors or selective price cuts in respect of competitors’ customers. In other words, France Telecom evoked the application of the factors used in *AKZO* and *Tetra Pak II* as a manifestation of the requirement of proving intent through objective means. The Commission disputed that theory. The Court quickly dismissed the claim, but accepted France Telecom’s reading of the case-law to the effect that an anticompetitive plan must be proven on the basis of ‘objective factors’.⁴¹ In principle, one could take this to confirm the necessity of combining a subjective and an objective component in proving intent. However, the Court referred to the undertaking’s internal documents as an example of an objective factor from which eliminatory intent can be deduced, despite the disputed meaning of the words contained in the document.⁴² This suggests that there might be a difference between

37 *ibid* para 149. See also a similar statement made by the General Court in Case T-230/01, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071, para 241; and in T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969, para 270.

38 See Opinion of Advocate General Wahl in Case C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission* ECLI:EU:C:2014:1958, para 56.

39 Joined cases C-395 to 396/96, *Compagnie maritime belge transports and Others v Commission of the European Communities* [2000] ECR I-01365.

40 C-202/07 P, *France Télécom SA v Commission of the European Communities* [2009] ECR I-02369.

41 *ibid* para 97.

42 *ibid* para 98.

direct evidence,⁴³ which proves the incriminated conduct without need for further evidence or inferences, and evidence that is *objective* (or based on objective factors), which admits the use of reasonable inferences on the basis of rules of general experience.⁴⁴ It should also be noted that in approving the requirement to use ‘objective factors’ and failing to address the Commission’s argument that the element of *intention* in abuse of dominant position is ‘necessarily subjective’,⁴⁵ the judgment left some confusion as to the relationship between subjective factors and subjective intent.

An examination of the CFI judgment reveals that the root of confusion was the interpretation of the concept of ‘*pre-emption* of the ADSL market’ found in France Telecom’s internal document. The Court treated the verb as indicative of a plan to predate when considering it in combination with additional evidence, namely France Telecom’s internal documents indicating knowledge that:

- i. its non-profitable pricing combined with high-sales volumes was not economically sustainable for competitors;⁴⁶
- ii. the impossibility of matching retail prices while also staying profitable prevented AOL’s entry on the high-speed market;⁴⁷ and
- iii. it enjoyed specific advantages (namely, higher margins on network costs).⁴⁸

The judgment gives short drift to the defendant’s allegation that the documents concerned would merely contain ‘spontaneous, informal, even unconsidered words’ that reflected the dialectic of the internal decision-making process.⁴⁹ One remains wondering whether those types of allegations would be sufficient, if accepted, to cast doubt on the objectivity of the evidence produced. Unfortunately, those nuances were not picked up in the final ruling by the CJEU, which simply defined the undertaking’s internal documents as ‘objective factors’.⁵⁰ In doing so, the Court failed to trace the dividing line between subjective and objective evidence.

It is also worth noting that the reason why the judgment places emphasis on subjective intent, without a correlative enquiry as to the existence of an objective component, is that it had already been established that the defendant’s pricing was between average variable costs and average total costs. This is a particular situation that under EU competition law triggers a purpose, rather than effect, inquiry.⁵¹ It is a

43 According to authoritative sources, the General Court tends to use the expression ‘direct evidence’ when it refers to contemporaneous notes which clearly demonstrate the fact in question, but the use of this term in evidence literature is broader. See Fernando Castillo De La Torre and Eric Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in Competition Law* (Edward Elgar 2017) 163; cf Andrew Choo, *Evidence* (5th edn, OUP 2018).

44 See Opinion of AG Kokott on 19 February 2009, Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-4529.

45 *ibid* para 96.

46 Case T- 340/03, *France Telecom v Commission* [2007] ECR II-00107, para 210.

47 *ibid* para 212.

48 *ibid* para 213.

49 *ibid* para 201.

50 Case C-202/07 P, *France Télécom* (n 40) para 98.

51 In the words of the Court: ‘... although the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of the right to protect its own commercial interests if they are attacked and such an undertaking

narrow situation of purpose-based abuse which, unlike the one identified in *Compagnie Maritime Belge*, is based on a clearly defined set of circumstances rendering harm to competition sufficiently likely. In other words, this is a specific area where the law has formally (and dispositively) recognized the disambiguating role of intent evidence.

Link to special responsibility

The final piece of the puzzle with regard to the role of intent in the case-law on Article 102 TFEU is the General Court's judgment in *Astra Zeneca*.⁵² This judgment markedly differs from previous cases for the type of reasoning followed to establish anticompetitive intent, which was linked to the defendant's failure to meet the expectations of fairness and transparency placed on a dominant firm (in particular, in dealing with regulatory authorities). The conduct in issue was the provision of misleading information by Astra Zeneca to regulatory authorities for the issuing of Supplementary Protection Certificates to which it was in fact not entitled to, or was only entitled to for a limited period. The Commission found that Astra Zeneca had abused its dominant position in various national markets for prescribed proton pump inhibitors by making deliberate misrepresentations to patent attorneys, national courts and patent offices in order to obtain the Supplementary Protection Certificates for its medicine (omeprazole). Astra Zeneca on its part contended that there was no bad faith in those misrepresentations, which concerned the date of authorization of its medicine, as it legitimately relied on the theory of 'effective marketing authorization' date (relating to the regulatory approval of the prices for sale on the market) instead of referring to the date of the technical authorization of the medicine. Yet its main legal argument was that the Commission must rely on objective factors in the definition of intent, arguing that the Court's case law indicates that abuse is an objective concept which does not depend upon subjective intention to cause harm to competition or evidence of conduct preparatory to an abuse. It instead requires an objective ascertainment of conduct which is in fact capable of restricting competition within the meaning of Article 102.⁵³ It alleged that the Commission's case rested upon a series of insufficiently founded allegations, selective references to documentary evidence, tenuous inferences and insinuations which, even taken together, do not amount to clear and convincing proof⁵⁴ (for instance, the use of different date for its applications for a Supplementary Protection Certificate in different Member States).⁵⁵

The Court did not reject Astra Zeneca's interpretation of objectivity, reiterating that proof of the deliberate nature of the conduct and of the bad faith of the undertaking in a dominant position is not required for the purposes of identifying an abuse

must be allowed the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect those interests, it is not possible, however, to countenance such behaviour if its actual purpose is to strengthen that dominant position and abuse it'. *ibid* para 46.

52 Case T-321/05, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission* [2010] ECR II-02805.

53 *ibid* paras 309 and 318.

54 *ibid* para 384.

55 *ibid* paras 488, 490 and 493.

of a dominant position.⁵⁶ However, it also pointed out that this does not lead to the conclusion that intention to resort to practices falling outside the scope of competition on the merits is in all events irrelevant.⁵⁷ In accepting that the qualification of a given conduct as abusive (in this case the misleading nature of representations made to public authorities) must be assessed on the basis of objective factors,⁵⁸ it stressed that legality of the defendant's conduct depended on whether, in the light of the context in which the practice in question has been implemented, that practice was such as to lead the public authorities wrongly to create regulatory obstacles to competition.⁵⁹ Note that this confirms the interpretation that has been advanced so far, that subjective intent (here, an intention to mislead) is only relevant to the extent that the agent is likely to achieve the desired outcome.

The Court then solved the dispute by reaching for the concept of special responsibility not to impair genuine undistorted competition: the manifest lack of transparency over factors that were material for the regulatory assessment constituted a breach of that responsibility, as well as its interpretation justifying reference to the 'effective marketing' authorization instead of the technical authorization.⁶⁰ In particular the Court had regard to Astra Zeneca's failure to disclose all the relevant dates for the purposes of issuing the certificates. Despite a lively discussion between parties as to whether such conduct can be punished under a negligence standard or requires a specific intention to commit fraud, the Court did not address that question squarely. However, it clearly evoked the concept of negligence-based duty of care when it referred to the dominant undertaking's duty to 'at the very least inform the public authorities of any error in its communications with them' as a consequence of the undertaking's 'special responsibility not to impair, by methods falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the common market'.⁶¹

This ruling constitutes an important brick in the edifice of intent in Article 102 cases by illustrating that the concept of special responsibility triggers a general duty of care, upon which objective intent can be inferred. In taking this approach, the judgment dispenses with the need to determine whether the evidence adduced by the Commission to prove subjective intent was based on sufficiently 'objective factors', and leaves once again to posterity (after *France Telecom*) the question as to how 'subjective' and 'objective' ought to be distinguished. While the defendant seemingly provided good examples of 'subjective' factors when pointing to the use of 'selective and out of context references, tenuous inferences and insinuations', it remains to be seen whether the CJEU would second that view (as on the appeal it did not rule on this particular point).

56 *ibid* para 356.

57 *ibid* para 359.

58 *ibid* para 356.

59 *ibid* para 357.

60 *ibid* para 496.

61 *ibid* para 358.

Intent in the Guidance Paper

Having illustrated so far that the case law of the CJEU requires the existence of an objective element as constitutive part of subjective intent, it is worth noting that the European Commission's Guidance Paper⁶² contains no acknowledgment in this sense. This has notable consequences on future enforcement, in that the Commission as well as any court or competition authority relying on the Paper should handle its guidelines with caution. Those guidelines specifically say at paragraph 20 that "intent can be proven by *direct* evidence of a strategy to exclude competitors, such as a detailed plan to engage in certain conduct in order to exclude a competitor, to prevent entry or to pre-empt the emergence of a market, or other evidence of concrete threats of exclusionary action"⁶³. Note that this formulation incorporates the wording that had been subject to controversy in *France Telecom*, so that there will be no questions for the Commission that "pre-empting" belongs to the category of acts directly prohibited by Article 102 (and thus no inference is needed once it is proven to be the conduct to which a subjective intent can be attributed).

Two additional points can be made in that regard. On the one hand, the Commission's focus on direct evidence appears to limit its ability to make inferences about intention, which reduces the risk of stretching this notion too far.⁶⁴ The importance of this change remains limited, however, in the absence of a clarification on the distinction between direct and indirect evidence. The *France Telecom* example shows that the distinction between these types of evidences is far from clear, which suggests that a national court following its own rules of evidence might construe 'direct' narrowly and potentially lead to divergence and a significant amount of type II errors (false negatives).

On the other hand, the following sentence in paragraph 20 of the Paper refers to evidence of a strategy to exclude competitors as evidence which may be helpful to interpret the dominant undertaking's conduct. The Paper's reference to 'strategy' should probably be understood to mean *subjective* intent to disambiguate a particular conduct. However, the notion of 'interpreting' is broader than disambiguating, potentially supporting a primary or exclusive reliance on subjective intent for a finding of illegality. An example of this would be where there is apparent justification for a certain refusal to deal, but damning evidence is found that captures the CEO explaining a real anticompetitive strategy behind the refusal. Given this possibility, the need to address the uncertainties left by the case law becomes even more important, to prevent less reliable evidence from directing the outcome in future cases.

Conclusion

In conclusion, a rundown of the cases where subjective intent was integral to the theory of harm under Article 102 TFEU illustrates the emergence of a pattern (see

62 European Commission, 'Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings' OJ C 45, 24.2.2009, 7–20.

63 Para 20 (emphasis added).

64 See also, with specific regard to predatory pricing, para 66 which refers to 'direct evidence *consisting of documents from the dominant undertaking*' and thus seems to restrict the options even further for such cases.

below, Table. 1), although not always consistent, while also highlighting a few ‘gaps’ that require filling.

First, and at the most basic level: subjective intent is never used in isolation from, or in conflict with, its objective counterpart (the existence of likely effects). As to its role, it can be used as additional element to support a finding of infringement established on the basis of objective intent (but not as a defence against it). In addition, it gains particular salience where evidence of objective intent is inconclusive, to disambiguate the nature of a practice that could potentially be both pro- and anti-competitive.

Secondly, where subjective intent has a disambiguating function, it can only be used to support an infringement if it is based on ‘objective factors’. This does not mean that the evidence provided has to be incontrovertible or even necessarily of ‘direct’ nature: ‘objectivity’ in this context refers to the virtually universal acceptance of the logic behind any inference that is made from it. If there is a reasonable doubt as to its possible interpretation, that evidence cannot be used alone to establish a violation.⁶⁵ For example, if the use in internal documents of revealing terms like ‘fighting ships’, ‘fighting off’ a competitor or ‘pre-empt’ a given market was the only piece of evidence, it would arguably be enough for a defendant to cast doubt on the meaning of those terms.⁶⁶ In contrast, non-objective evidence can be taken into account as part of the overall assessment when combined with other indicia, which may include for instance past conduct or a trajectory of behaviour, as long as they are sufficiently objective and consistent.⁶⁷

On this point, the Guidance Paper appears to depart from the existing case law by only admitting the use of ‘direct’ evidence. This discrepancy has the potential to hinder the effectiveness of competition law and lead to divergent outcomes, and it remains to be seen the extent to which it will be followed. Similarly, the Guidance Paper’s statement that subjective evidence can be used to *interpret* conduct by the dominant firm is risky to the extent that it could be taken to mean that evidence of subjective intent may prevail over conflicting evidence of objective intent. However, this would run against a core principle identified in the case law: the necessity of a link between the subjective and objective components of intent. The next section, by reference to the recent case of *Google Shopping*, illustrates that the risk of departure from that principle is not insignificant.

3. INTENT IN THE ALGORITHMIC AGE: THE *GOOGLE SHOPPING* DECISION AND ITS LEGAL BASIS

Given the fundamental role of intent in the definition of abuse, one may query how this combination is maintained in an algorithmic environment—where effects are generated by the operation of one or more mathematical formulas. On 27 June 2017, the European Commission closed its investigation in the *Google Shopping* case

65 Case T-286/09, *Intel v Commission*, ECLI:EU:T:2014:547 para 719; case T-25/95, *Cimenteries BCR and Others v Commission* [2000] ECR II-00491, para 1838.

66 However, it is questionable that a reasonable disagreement can persist on the significance of ‘pre-empting’, after its inclusion in the Guidance paper. See above n 63.

67 This is in fact required by the principle of effectiveness. See C-74/14, *Eturas and others* EU:C:2016:42, para 37.

Table 1. Cases where intent played a central role to the establishment of an abuse

Case	Practice	Objective intent	Subjective intent	Trigger words and nature of evidence of subjective intent	Role of subjective intent
AKZO (CJEU 1991)	Predatory Pricing	Pricing below ATCs	Internal documents + threats to competitors	“prices offered to customer chosen to be <i>well below</i> competitor’s prices to that customer” (indirect, objective)	Disambiguating
Tetra Pak II (CFI 1994)	Predatory pricing	Price below AVCs + magnitude of price differences in country of predation	Internal documents	“need to make sacrifices to <i>fight off</i> competitor” (indirect, subjective)	Corroborating
Compagnie Maritime Belge (CFI 1996)	Selective price-cutting	Price-matching pattern	Internal documents + admission at hearing	– “ <i>getting rid of</i> competitor” (direct, objective) – “use of <i>fighting ships</i> ” (indirect, objective)	Disambiguating
France Telecom (CFI 2007)	Predatory pricing	Pricing below ATCs	Internal documents	“ <i>pre-empting</i> ADSL market” (direct?, objective)	Disambiguating
Astra Zeneca (CJEU 2010)	Misleading representations to patent office	Sufficient likelihood of creating obstacles to petition + manifest lack of transparency	Internal documents	Instructions to choose a specific date for SPC (indirect, subjective) application; different date for different SPC applications (indirect, subjective)	Corroborating

which involved this very issue. It found a breach of Article 102 TFEU in relation to Google's 'more favourable positioning and display of its own comparison shopping service compared to competing comparison shopping services' (hereinafter, 'the conduct').⁶⁸ The Commission's Decision is important for several reasons. First and foremost, it constitutes the first application of the leveraging theory in an algorithmic context, where as a result of certain algorithmic design choices⁶⁹ a dominant undertaking systematically directs ('nudges') consumers towards its own goods or services in a secondary market. On its part, Google argued both in the proceedings before the European Commission and in the appeal it lodged against the Decision⁷⁰ that the Commission applied a novel theory of abuse,⁷¹ and therefore in accordance with its previous practice⁷² should not have imposed a fine.⁷³ According to Google, the conduct could not be deemed abusive unless it is proved that the top results in Google Search constitute an essential facility. This requires the satisfaction of the stringent criteria laid out in *Bronner* for abusive refusal to deal, that is:

- i. the refusal was likely to eliminate all competition in the relevant market;
- ii. such refusal was incapable of being objectively justified; and
- iii. the service in itself was indispensable to carrying on that person's business, inasmuch as there is no actual or potential substitute in existence for the facility in question.⁷⁴

However, the Commission rejected this argument, noting that it had already used a self-favouring theory to establish abuse in a number of cases.⁷⁵ The Commission's reasoning is quite succinct: the Decision cites a number of cases that present significant differences from the conduct at stake, without explaining their direct relevance or why the conditions set out in those cases would not apply. For example, the imposition of liability in the *Microsoft* case was squarely dependent on the indispensability

68 European Commission, Case AT.39740, Brussels, 27.6.2017, C(2017) 4444 final. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf> accessed 9 May 2019 (hereinafter, 'Decision').

69 By 'design choices', I refer here to the rules and criteria embedded in the algorithm, including any subsequent changes or 'updates' (as they are typically called in the context of Google search), without entering in this context into the specifics. Furthermore, I am using a particular notion of algorithm, as a set of mathematical instructions to provide ranking and selection intermediation (also known as 'gatekeeping') services.

70 See Case T-612/17, Action brought on 11 September 2017—*Google and Alphabet v Commission*, OJ C 369, 30.10.2017, pp 37–38.

71 See also Pinar Akman, 'The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law' (2017) 1 *Journal of Law, Technology and Policy* 301–74; Magali Eben, 'Fining Google: A Missed Opportunity for Legal Certainty?' (2018) 14 *European Competition Journal* 129–51.

72 See Commission Decision COMP/38.096 *Clearstream – Clearing and Settlement* OJ C 165, 2009, 7, paras 344 and 345; Commission Decision, AT.39985 *Motorola – Enforcement of GPRS Standard Essential Patents* OJ (C 344), 2014, 6, para 561.

73 For a persuasive argument that this runs counter to the principle of legal certainty, see Eben (n 71).

74 Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungsund Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG* [1998] ECR I-7791, para 41.

75 Decision, paras 649 and 334, referring to Case 311/84, *Télémarketing* EU:C:1985:394, para 27; Case C-333/94 P, *Tetra Pak II* EU:C:1996:436, para 25; Case T-228/97, *Irish Sugar* EU:T:1999:246, para 166; Case T-201/04, *Microsoft* EU:T:2007:289, para 1344.

of the interoperability information that Microsoft had refused to provide. Similarly, the *Telemarketing* case explicitly refers to the existence of a dominant position in the market for a service which is indispensable for the activities of an undertaking on another market,⁷⁶ although it claims to apply a broader principle derived from *Commercial Solvents*⁷⁷—where such indispensability was never demonstrated. However, the situation in that case was fundamentally different as it concerned a dominant company's refusal to continue to supply an existing customer,⁷⁸ as opposed to a *de novo* refusal.⁷⁹ Finally, while the Commission's reliance on *Tetra Pak II* serves to point out that a dominant company can be liable for conduct carried out on a neighbouring market, it says little about the nature of the abuse—which in that particular instance concerned a number of practices, ranging from tying to predatory pricing, price discrimination and other practices limiting production and technical development.

It is in its reference to *Irish Sugar* that the Commission provides a more substantive suggestion for the abuse in question. The Decision references in particular paragraph 166 of that case, where the Court explicitly mentions that the principle established in *Tetra Pak II* is applicable even where the conduct 'is not tantamount to refusal to supply'.⁸⁰ On one view, this may be read simply as following the same logic of the CJEU ruling in *Telia Sonera* that requiring the establishment of a refusal to deal before any conduct of a dominant undertaking in relation to its terms of trade can be regarded as abusive would unduly reduce the effectiveness of Article 102 TFEU.⁸¹ However, this statement has a more specific meaning when read in context, ie to condemn as discriminatory practices the granting of rebates to wholesale customers on the basis of whether they compete with the dominant firm at the retail level. Interestingly, *Tetra Pak II* was one of the few cases where the Court embraced the idea that Article 102(c) is applicable to discrimination which creates competitive disadvantage between a trading party and the dominant firm (primary line injury), as opposed to between that trading party and other customers of the dominant firm (secondary line injury).⁸² This more expansive interpretation of Article 102(c) would appear to justify the conclusions reached in *Google Shopping*.

76 *ibid* para 26.

77 Cases 6/73 and 7/73, *ICI and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

78 *ibid* para 25.

79 See in this sense also Thomas Hoppner, 'Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse' (2017) 3 European Competition and Regulatory Law Review 208.

80 Para 166. The specific wording used by the Court is the following: 'Even if the failure to grant rebates to other industrial sugar purchasers is not tantamount to a refusal to supply, the principle of the abusive exploitation of a dominant position on a market to affect competition on another market has already been established'.

81 Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera* [2011] ECR I-527, para 58.

82 See Case T-229/94, *Deutsche Bahn AG v Commission* ECR [1997] II-1689; and Case COMP/38.745, *BdKEP – Restrictions on Mail Preparation*, Commission Decision of 20 October 2004 [unreported], <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38745/38745_32_1.pdf> accessed 9 May 2019. It should be noted that not everyone accepts that this is a correct interpretation of the purpose of art 102 ©. See eg Damien Geradin and Nicolas Petit, 'Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach' GCLC Working Paper 07/2005.

Nevertheless, the Decision does not build on the theoretical support offered by *Tetra Pak II* to articulate its theory of harm; and in doing so, it fails to properly establish an abuse, as it gives insufficient indications on the type of conduct that falls short of the standards of special responsibility ascribed to a dominant company. This also generates problems of adequacy of the remedy imposed, as the Commission unqualifiedly ordered Google to take adequate measures to bring the conduct to an end, and refrain from repeating it, or engaging in any act or conduct with the same or an equivalent object or effect.⁸³ However, it is difficult for Google and other market participants to give concrete content to the concept of ‘self-favoring’. The Decision failed to define the prohibited conduct, and the type of abuse it establishes, despite having at its disposal ample room: the practice of self-favoring could technically be caught as a manifestation of various types of conduct prohibited by Article 102.⁸⁴ Unfortunately, the Commission never ventured into that type of analysis, rather preferring to rely on the non-exhaustive character of the practices constituting abuse that are enumerated in the text of Article 102. This is regrettable because the lack of clarity in the definition of abusive conduct in the Decision is likely to generate adverse impact on investment and innovation.

The notion of preferential treatment in Google Shopping

The divergence of views between Google and the Commission relates to the specificities of the application of leveraging theory (and in particular the so called ‘self-favoring’ abuse) in this particular context. In order to appreciate these specificities, it is necessary to make a clarification about the technology under discussion. Striving to provide users with the most relevant results, search engines undertake editorial functions in indexing, triggering, ranking, and displaying content. Those choices are made primarily by designing algorithms, ie rules that will govern the operation of Google’s crawling, triggering, ranking, and displaying technologies to perform the desired process. Because of these editorial functions, algorithms can have in-built biases which lead to systematically favouring certain content, although that may not necessarily be the result of a deliberate choice of the designer. Since the stage of algorithmic design is removed from the generation of results, it is often difficult for the designer to anticipate all the possible consequences. This holds even more true when it comes to unsupervised learning algorithms, recently incorporated into Google Search,⁸⁵ that are characterized by the ability to automatically learn and improve from experience without being explicitly programmed. The problems of transparency, fairness and accountability of algorithmic systems are so complex and important that they have come to define an entire field of research, much of which focused

83 Decision, arts 2–4.

84 See in this regard Nicolas Petit, ‘Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf’ (29 April 2015). <<https://ssrn.com/abstract=2592253> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2592253>> accessed 9 May 2019.

85 Cade Metz, ‘AI Is Transforming Google Search. The Rest of the Web Is Next’ *Wired* (2 April 2016). <<https://www.wired.com/2016/02/ai-is-changing-the-technology-behind-google-searches/>> accessed 9 May 2019.

on machine-learning.⁸⁶ They are now an increasing source of headaches for courts and regulators.

Given the challenges in predicting the nature and effects of algorithmic design decisions on the market, it is disconcerting that the Decision condemns a conduct resulting from algorithmic design choices, without any disclaimer as to the operator's actual or presumed intent to achieve the prohibited outcome. The underlying criticism seems to be that Google should have appreciated the consequences of its choices, including the impact of those on competition in the market for comparison shopping services. In fact, while in some instances the preferential treatment ostensibly arises from the choice of criteria triggering a given algorithmic result,⁸⁷ in other parts of the Decision the Commission merely takes issue with the outright exclusion of Google Shopping from applying certain criteria that adversely affect the position of competing price comparison services (notably the [...] and Panda algorithms).⁸⁸ Thus, despite reiterating that, in accordance with the case law of the CJEU, an abuse of a dominant position is prohibited under Article 102 of the Treaty 'regardless of the means and procedure by which it is achieved', and 'irrespective of any fault', the Decision does not offer any comfort for operators of algorithmic technologies by pointing what particular conduct Google has fallen short of, ie what duty of care has been breached. This is because, taken at face value, the Commission's formulation in the Decision implies that a dominant company having developed or used an algorithm is *de facto* strictly liable for any possible anticompetitive (in particular, self-favouring) effects derived therefrom.

Although one may contend that the Decision must be premised on recognition of intention or negligence, as required by law, this premise is nowhere to be seen in the assessment of Google's liability for algorithmic results. The Commission only refers to *subjective* intent by the concerned undertaking 'to favour its own services over those of competitors in order to leverage its position in general search into the market for shopping comparison services'.⁸⁹ Crucially, this subjective inquiry was used by the Commission to satisfy the requirement of objective intent for such conduct to eliminate competitors. In particular, the Commission found in internal documents that the Google's Engineering Director responsible for Froogle, the previous version of Google Shopping, stated that 'Froogle stinks' and warned that:

1. '(1) [t]he [Froogle] pages may not get crawled without special treatment; without enough pagerank or other quality signals, the content may not get crawled.
2. If it gets crawled, the same reasons are likely to keep it from being indexed;

86 See for instance the annual conferences on Fairness, Accountability and Transparency (FAT) and on Fairness, Accountability and Transparency in Machine Learning (FATML), <<https://fatconference.org> and <https://www.fatml.org/>> accessed 9 May 2019.

87 A good example is the 'signals' for triggering the appearance of Product Universal, and/or its appearance in the middle to top position of the results in the first page: the number of stores and the number of shopping comparison engine in the top-3 generic search results. See Decision, para 391.

88 Decision, para 512.

89 Decision, para 491.

3. If it gets indexed, the same reasons are likely to keep it from showing up (high) in search results [...] We'd probably have to provide a lot of special treatment to this content in order to have it be crawled, indexed, and rank well'.

While this provides a very convincing illustration of Google's general plan to self-favour, proven with direct and objective evidence, the fundamental question is whether such evidence may legitimately be used to satisfy the required intent (in its subjective and objective component) with regard to the particular acts which are being held against the dominant undertaking. Specifically, the Decision takes issue with the outcome of Google's algorithmic choices without proving that either the selection of certain criteria or the granting of an exemption to Google from the application of certain penalties violates a duty of care, from which negligence could be deduced. The only element provided in that regard is that Google does not adequately inform users that Product Universal was positioned and displayed using different underlying mechanisms than those used to rank generic search results, despite the fact that it explicitly labelled those search results as 'sponsored'.⁹⁰

The net result is that Google, or any other dominant company providing algorithmic ranking and intermediation services, will be required to adopt wide-ranging measures of self-monitoring to ensure 'compliance by design', which Commissioner Vestager has recently alluded to.⁹¹ It has been suggested that this would imply a requirement for companies to build in sufficient constraints on algorithmic behaviour, for example tweaking the reward function in a way that teaches the algorithm good (competitive) behaviour and punishes bad (anticompetitive) behaviour, or introducing filters in order to modify the *prima facie* responses of the system.⁹² However, the satisfaction of this requirement would run into practical challenges as the vast majority of competition rules are open-ended, context-dependent and potentially requiring a balancing of conflicting values.⁹³ Furthermore, even if it were possible to devise a meaningful design approach for a specific set of commands, including a prohibition against self-preferencing, it is not clear what would be the limit (if any) to how far that compliance framework should go. Would the ranking of two equivalent products in page 1 and 2 of search results be sufficient, for instance, to trigger liability? Would Google Shopping's persistent appearance on the first page, while not necessarily in the top results, be problematic? The Commission provides no guiding principle: neither in the substantive part of the Decision, nor in its remedial order, where it requires Google to ensure equal treatment concerning 'all elements that have an impact on the visibility, triggering, ranking or graphical format of a search result in

90 Decision, para 663.

91 Margarethe Vestager, 'Algorithms and Competition' Speech at the Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017. <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en> accessed 9 May 2019.

92 Simonetta Vezzoso, 'Competition by Design' (28 November 2017). Prepared for Presentation at 12th ASCOLA Conference, Stockholm University, 15–17 June 2017. <<https://ssrn.com/abstract=2986440>> accessed 9 May 2019, 28.

93 *ibid* 29.

Google's general search result pages'.⁹⁴ Ultimately, while Google may be able to get to a good compromise in the definition of the conduct it is required to adhere to under the remedy,⁹⁵ we may query what that high-level definition of equal treatment means for the future development of algorithmic technologies.

The crux of the problem derives from the fact that the Decision does not define a threshold of materiality for differential treatment by a dominant company to fall foul of Article 102. The Commission presents data showing that the conduct in question can drive competitors out of business, reducing incentives to innovate and consumer choice, and leading to higher prices.⁹⁶ However, the evidential threshold is lightened by recent case-law that Article 102 prohibits behaviour that tends to restrict competition or is *capable* of having that effect, regardless of its success.⁹⁷ Following that line of cases, the reference in the remedial order to 'not engaging in any conduct or act having equivalent *object* or effect'⁹⁸ may well be interpreted as preventing algorithmic decisions that have a theoretical capability of favouring Google's own services despite the absence of any materialized, or indeed likely, effects. That would appear to be in tension with the rationale of negligence, which is the violation of a duty of care in connection with the foreseeability and preventability of the harmful act.⁹⁹ It also would call for an inquiry into the subjective element (was discrimination the purpose of the developer, or whoever else deploys the algorithm?), which could be highly problematic if unconstrained by the principles identified in sub-section 'Constitutive element?.'

The Decision's lack of precision in the definition of abusive conduct

As mentioned, a central problem with the Decision is that the line between permitted and prohibited conduct is blurred. Nowhere in the Decision does the Commission detail what type of algorithmic design conduct amounts to preferential

94 The only limit it provides in that respect, presumably reflecting the feedback received in the 'market-testing' of the commitments offered to Commissioner Almunia in 2013 and 2014, is that any measure chosen by Google to comply with the order 'should not lead to competing comparison shopping services being charged a fee or another form of consideration that has the same or an equivalent object or effect as the infringement established by this Decision'. Decision, para 700.

95 As a measure implementing the remedy, since 28 September 2017 Google shifted its shopping operations into a separate entity, with other companies now able to bid for places in the Shopping Units. Furthermore, each ad in the Shopping Unit indicates which comparison service is providing it. However, it has been reported that as many as 99% of those Shopping results are held by Google. See Searchmetrics, 'Google Shopping: Is the Revamped Comparison Service Fairer to Competitors?' (29 January 2018) <<https://blog.searchmetrics.com/us/2018/01/29/google-shopping-revamped-fairer-to-competitors/>> accessed 9 May 2019. See also Sam Schechner and Nathalia Dozdriak, 'Google Rivals Ask EU to Toughen Measures in Antitrust Case' *Wall Street Journal* (30 January 2018) <<https://www.wsj.com/articles/google-rivals-ask-eu-to-toughen-measures-in-antitrust-case-1517334038>> accessed 9 May 2019.

96 Decision, paras 594–97.

97 Emphasis added. See *ibid* para 602; Case C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* EU:C:2011:83, para 64; Case C-549/10 P, *Tomra Systems and Others v Commission* EU:C:2012:221, para 79; Case T-336/07 *Telefónica SA v Commission* EU:T:2012:172, para 272, upheld on appeal in Case C-295/12 P, EU:C:2014:2062, para 124; Case C-23/14 *Post Danmark* EU:C:2015:651, para 66; see also Case T-286/09, *Intel v Commission* ECLI:EU:T:2014:547, para 85, on this specific point confirmed on appeal in Case C-413/14, *Intel v Commission* ECLI:EU:C:2017:632, para 149.

98 *ibid* art 3 (emphasis added).

99 See Blomsma (n 10) 175.

treatment, other than stating that it involves the application of different standards for ranking and visualization to Google Shopping than to other comparison shopping services. In particular, the Decision begs the question of whether a dominant undertaking remains free to set up its ranking and selection ('triggering') criteria, so long as those are applicable indistinctively both to its products and services and to those of its competitors. The Commission seems to gloss over those details, affirming that '[it] does not object to Google applying *certain* relevance standards, but to the fact that Google's own comparison shopping service is not subject to those same standards as competing comparison shopping services'.¹⁰⁰ This leaves us with the suspicion that a dominant undertaking such as Google could in fact be found liable for designing its algorithms in a way that leads to a disparate impact on a given class of competitors (or in the case of the implementation of the remedy, its competing comparison shopping services), despite the indiscriminate application of those algorithms to all products and services. While that finding would be consistent with the European Commission's focus on effects, it would certainly run against the presumption of innocence in imposing a fine to an undertaking where the effects of its actions were not foreseeable at the time of designing the relevant algorithm (or implementing the relevant algorithmic change). And, as was argued in sub-section 'Constitutive element?', even beyond the imposition of a fine, this runs against the essence of the notion of abuse, which presupposes some form of intent—either intention or negligence.

By the same token, a blanket prohibition of self-favouring formulated in these terms would be likely to impose a disproportionate burden on a range of undertakings, if not accompanied by some limiting principle. Much like a dominant company's indiscriminate conditions of sale may lead to refusal to supply in violation of Article 102 when it fulfils the specific conditions established in *Bronner*,¹⁰¹ an algorithm with indiscriminate application but disparate impact on competitors should be held in violation of Article 102 only if it meets specific requirements serving as proxy of consumer harm. To be clear, this is not a call for the application of the *Bronner* conditions, which was unsurprisingly invoked by Google, but rather a recognition that the Commission would be well advised to narrow the net it casts to catch anti-competitive conduct perpetrated through algorithmic nudging.

Conclusion

The Commission's decision in *Google Shopping* is a proverbial 'mixed bag' from the perspective of advancing antitrust doctrine. On one hand, it represents a milestone for the treatment of algorithmic leveraging, offering a large amount of evidence to illustrate that self-favouring in this context may lead to anticompetitive foreclosure.

100 *ibid* para 440 (emphasis added). By choosing to use the word 'certain', the Decision suggests that the use of certain *other* criteria may be problematic. This hypothesis appears to be confirmed by para 537, according to which 'the Commission does not object to Google applying specific criteria *per se* but to the fact that Google *prominently* positions and displays results only from its own comparison shopping service and not from competing comparison shopping services' (emphasis added).

101 Namely, that the facility that is the object of refusal is indispensable to compete on a downstream market, and that refusal is not objectively justified. See *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG*, Case C-7/97 [1998] ECR. I-7791, para 112.

On the other hand, it leaves many questions unsettled concerning the scope and limits of the type of abuse in question. Most notably, by failing to properly characterize the requisite intent for abusive self-favouring, it lends itself to an interpretation that is overly restrictive; and in doing so, it may violate the presumption of innocence, the principle of legality as well as the principle of proportionality in relation to the remedy. While it is hoped that the Commission will make the necessary adjustments in the approval of the measures offered by Google to restore equal treatment in the relevant market, one cannot help but noting that it will be the Decision and the analysis contained therein which will set the precedent, at least while the appeal by Google to the EU General Court is pending.¹⁰²

4. GOOGLE SHOPPING AS A CAUTIONARY TALE FOR ANTITRUST INTENT IN AN ERA OF ALGORITHMS AND BIG DATA: THE NEED FOR LIMITING PRINCIPLES

Google Shopping is a great test case for the future of competition enforcement, as it gives us a preview of some of the problems that we are likely to encounter with the increasing automation of a range of human activities and the consequent delegation of responsibilities to the machines. There have already been multiple instances over the last decade of algorithms generating problematic and presumably unanticipated results, typically remedied by the designers or controllers of those algorithms in response to public backlash or court order.¹⁰³ The clear tendency in these situations is to attempt to escape scrutiny by demonstrating that the action was the result of complex algorithmic processing, which would have been hard to predict *ex ante*.

Antitrust is a relatively newcomer in this field, but it is clear that in order to maintain and promote effective competition, we need to be able to extend the rules of liability to situations where the principal is one step removed from the agent. This implies that it is particularly important to define exactly what constitutes valid antitrust intent in this context, how it can be proved and to what extent it must be proven. Importantly, the discussion of antitrust intent in Article 102 TFEU in the Decision exposed a couple of problems which are likely to surface in an era of algorithms and big data.

First of all, the pervasive reliance on algorithmic technologies, big data and predictive analytics may significantly impact the processes of abstraction and inferences which decision-makers used to rely upon, and which may form the basis for the definition of objective intent. The most important consequence of that is that the processes of prediction for dominant companies might be significantly more advanced and sophisticated than those of other market participants, both consumers and

102 In that appeal, Google puts forward several pleas, including two concerning the inappropriate characterization of its conduct as discrimination and two concerning the inadequate consideration of objective justifications. See Case T-612/17, Action brought on 11 September 2017—*Google and Alphabet v Commission* OJ C 369, 30.10.2017, 37–38.

103 See eg Stavroula Karapapa and Maurizio Borghi, 'Search Engine Liability for Autocomplete Suggestions: Personality, Privacy and the Power of the Algorithm' (2015) (23) 3 International Journal of Law and Information Technology 261–89.

competitors, as well as competition authorities.¹⁰⁴ This suggests that perhaps a greater role should be conceived for *subjective* standards of liability, which would also be facilitated by the increased availability of records. The finding of intention, as opposed to negligence, would enable authorities to judge dominant firms on the basis of their own superior knowledge, rather than the benchmark of the reasonable (average) person. Unfortunately, the problem with that idea is that the weight that can be attached to subjective intent is elusive: despite the absence of inchoate offences against competition under EU law, courts have never explicitly clarified the extent to which subjective intent must be linked to an anticompetitive effect. Should a misconceived attempt to abuse a dominant position be punished? The case law has consistently based abuses on the concurrence of a subjective and objective component, which it is argued here that should become a guiding principle for future cases (see below, the sub-section ‘Offering a limiting principle: the case for ‘qualified intent’’).

Secondly, it is crucial to clarify what sort of methods of proof and inference would be deemed ‘subjective’, and therefore considered only as additional and supporting evidence. Tracing the impact of an algorithm to the intent of its originator is likely to be the key and sometimes only question for establishing liability, for which we must have a clear and consistent answer. To complicate that, the distinction between ‘subjective’ and ‘objective’ may be significantly different from that between ‘direct’ and ‘indirect’ evidence set out in the Guidance Paper. And as we know from previous experience, it is questionable that the Paper will be followed at national level when it goes beyond the *acquis*.¹⁰⁵

Third and relatedly, the process of inference of intent from algorithmic action must have human fallacy as a backstop. We cannot expect developers or controllers of algorithms to prognosticate any possible anticompetitive effect that may result from their actions, as this would certainly hinder the deployment of innovative algorithms. However, we might want to hold them accountable (if not liable) for those choices by requiring transparency and explainability of automated decisions, as is currently done in the field of data protection law.¹⁰⁶ This is indeed the most pressing question: to what extent can objective antitrust intent be inferred from a set of actions performed by an algorithm, such that they can be linked to negligence in design and control? On one hand, antitrust intent can serve as a safeguard against the imputation to an algorithmic controller or designer of any possible impact an algorithm can generate on the market (see the principle identified in the sub-section ‘Constitutive element?’, and formalized in the sub-section ‘Offering a limiting principle: the case for ‘qualified intent’’ below). On the other hand, an insufficiently clear definition of its role can be chilling investment and innovation in the development of predominantly beneficial technologies, simply because they might conceivably produce anticompetitive outcomes. For this reason, it is submitted that the establishment of a ‘safe harbor’ (see below, in the sub-section ‘Towards a negligence-based safe harbour for gatekeeping algorithms?’) will enable antitrust to cabin investment

104 A phenomenon that Stucke and Grunes call ‘nowcasting’: see Maurice E Stucke and Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy* (OUP 2016).

105 See Zlatina Georgieva, ‘Competition Soft Law in French and German Courts: A Challenge for Online Sales Bans Only?’ (2017) 24 (2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 175–93.

106 See art 13(2)(f), art 14(2)(g), art 15(h), art 22 as well as Recital 71 of that Regulation.

and innovation into algorithmic technologies that comply with some key fundamental principles.

Offering a limiting principle: the case for ‘qualified intent’

As illustrated, the potential reach of the concept of preferential treatment laid out by the European Commission in the *Google Shopping* decision is quite broad, and as currently formulated is likely to generate adverse consequences for investment and innovation. Accordingly, what is needed for a workable concept of preferential treatment is a limiting principle which provides legal certainty for undertakings offering algorithmic selections or ranking services.

It is submitted that a valid limiting principle to the scope of self-favouring can be found in a more careful and systematic treatment of intent in antitrust violations, with particular consideration for its role in establishing liability for algorithmic decisions. This article therefore proposes a ‘qualified intent’ doctrine, drawing from the ‘qualified effects’ test used to establish extraterritorial jurisdiction in several EU antitrust cases, and recently endorsed by the CJEU in *Intel*.¹⁰⁷ The qualified effects test allows the extension of jurisdiction outside the common EU market when it is *foreseeable* that the conduct in question will have an *immediate and substantial effect* in the European Union. According to that test, it is sufficient to take account of the probable effects of conduct on competition in order for the foreseeability criterion to be satisfied.¹⁰⁸ In turn, while the criterion of immediacy has not been comprehensively addressed, it has been held that the mere capability of producing an immediate effect is sufficient, when considering certain conduct as an integral part of an overall strategy to foreclose market access.¹⁰⁹ Lastly, the substantiality criterion has been held to apply to each part of the conduct considering the overall strategy, for otherwise that would lead to an artificial fragmentation of comprehensive anticompetitive conduct.¹¹⁰ Translating this into the intent context, it is argued that the requisite intent should be grounded on three basic principles:

1. the anticompetitive outcome is foreseeable by the dominant company, based on its knowledge or reckless disregard of the consequences of the action;
2. that outcome is an immediate consequence of the dominant company’s purported conduct, meaning that its materialization does not require intervening actions by competitors or consumers that depart from the *status quo*;
3. it is substantial, in the sense that the intent is grounded upon a set of facts which, in the context of the entire body of evidence, make the achievement of the anticompetitive outcome more likely than not.

To a large extent, this test is a rationalization of existing case law, in particular with regard to conditions number 2 and 3. To clarify, the concept of ‘*status quo*’ in

107 Case C-413/14 P, *Intel Corp v European Commission* ECLI:EU:C:2017:632, paras 40–65.

108 *ibid* para 51.

109 *ibid* para 52.

110 *ibid* para 57.

condition number 3 could be best illustrated by reference to the idea of chain of causation in *dolus eventualis*, where responsibility for events caused by an act supplemented by an intervention by a third party can be attributed to the perpetrator where circumstances suggest that the intervention was a foreseeable risk, and the perpetrator could not have been unaware of the consequences. More significant is the suggestion provided in condition number 1, which links the foreseeability of the event to the knowledge or reckless disregard of the perpetrator: here, the change is subtle as it simply moves from a standard of 'knowledge or negligence' to a standard of 'knowledge or reckless disregard'. The consequence of such a move is that the inquiry becomes subjective, rather than objective, thereby enabling authorities to take into account the superior knowledge of certain dominant firms over a reasonable market participant.

From a systemic perspective, these three conditions would enable the application of the self-favouring abuse in the algorithmic context to be compatible with the principle of proportionality,¹¹¹ the principle of legal certainty,¹¹² and both the principle of legality and the presumption of innocence in relation to the imposition of sanctions.¹¹³ In particular, the principle of proportionality prevents the imposition of a prohibition that makes compliance for an undertaking impractical, with the result of deterring that undertaking from engaging into a broader set of conducts than the one the legislator aims to prevent. In fact, an alternative measure exists which would achieve the objective of preventing algorithmic leveraging, but would not equally restrict freedom to conduct business, and indeed deter beneficial conduct in the first place: the legislator could establish a requirement of intent linked to a clear process of 'algorithmic due diligence'. This would give the dominant undertaking a benchmark against which their conduct can be measured. This also satisfies the principle of legal certainty, which requires foreseeability in the application of the law,¹¹⁴ and the principle of legality and the presumption of innocence, according to which any doubts as to the question of guilt are resolved in favour of the accused.¹¹⁵ The next section provides a concrete suggestion as to how that process could be formulated, including a further adjustment which appears necessary to ensure the effectiveness of competition enforcement in a world of a fast-moving (and self-learning) algorithms.

111 The principle of proportionality in EU law holds that 'the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question; specifically, when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued'. See Case C-331/88, *The Queen v Minister for Agriculture, Fisheries and Food and The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others* [1990] ECR I-423, para 113.

112 To the effect that this is a general principle of EU law, see case C-94/05, *Emsland-Stärke GmbH v Landwirtschaftskammer Hannover* [2006] ECR I-2619, para 43.

113 See above, the sub-section 'Constitutive element?.'

114 Case C-63/93, *Duff and Others* [1996] ECR I-569, para 20; Case C-107/97, *Rombi and Arkopharma* [2000] ECR I-3367, para 66; Case C-199/03, *Ireland v Commission* [2005] ECR I-8027, para 69; Case C-17/03, *VEMW and Others* [2005] ECR I-4983, para 80; Case C-158/06, *ROM-Projecten* [2007] ECR I-5103, para 25.

115 See in this regard Directive 2016/343 of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65, 11.3.2016, pp 1–11.

Towards a negligence-based safe harbour for gatekeeping algorithms?

As discussed so far, much of the controversy over the imputation of liability for algorithmic conduct stems from the absence of a clear duty of care with regard the effects generated by certain kind of algorithmic tools. Accordingly, the proposal advanced in this section is to establish just that, with a view to qualifying the standard of diligence that is expected from dominant firms offering algorithmic services. The proposal builds on the Commission's qualification of Google's conduct as 'active', ie not simply refusing to give competing comparison shopping services access to a portion of its general search results pages, but engineering preferential treatment in the design of the algorithm (specifically, exempting Google Shopping from demotions and 'hardcoding' its position in the ranking).¹¹⁶ This raises the question of how undertaking ought to interpret the active/passive nature distinction moving forward: what is the dividing line?

Of course, the likely interpretation is that the Commission meant that abusive refusal to deal is a passive conduct, in the sense that it requires a prior request by a competitor to be granted access, whereas preferential placement is a conduct that is initiated and completed by action of the dominant company alone. However, a deeper and more conceptual distinction would be one between results that are a foreseeable consequence of the algorithmic design choices made by the dominant firm, and results that are generated automatically without its knowledge or control. This distinction would more accurately reflect the criteria deemed relevant for the attribution of liability for machine-generated result for two reasons. First, because it would promote responsibility in design and control over algorithmic processes in line with developments in other areas of law. Secondly, because in a world of multiple and machine-to-machine interactions the potential speed and automatic nature of acts such as requesting and granting access could blur the distinction between ranking and access.

A useful reference in marking the line between 'active' and 'passive' in the context of algorithmic is the 'safe harbor' provided by Article 14 of the E-commerce Directive, which grants a content host immunity from liability under European law for the information stored provided that:

- (a) it does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; and (b) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.¹¹⁷

The CJEU's reading of the safe harbour, based on Recital 42 of the Directive, is that this requires an activity of a 'mere technical, automatic and passive nature, which

¹¹⁶ Decision, para 650.

¹¹⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, pp 1–16. Applying these conditions to the Commission's reasoning, they could be used to give content to the notions of 'active' and 'passive' conduct mentioned at para 650: see above, n 116.

implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored'.¹¹⁸

Those conditions could then be used to design, with appropriate institutional and procedural safeguards (above all, a fair and independent dispute resolution procedure), a framework of 'notice and explanation' for undertakings that consider themselves to be adversely affected by the algorithm in their ability to compete in the market. This framework would grant the algorithmic operator immunity from liability for any differential treatment which puts an undertaking competitive disadvantage (*vis-a-vis* the operator itself or a third party) as long as a dedicated procedure was put in place to receive such notices and respond within an appropriate timeframe. The affected undertaking, if unconvinced by the explanation, could then submit that together with its substantiated claim to an independent body, which could order the readjustment of the ranking of that undertaking but also establish the allocation of litigation costs, as well as impose penalties for baseless complaints.¹¹⁹ This is not simply a re-branding of the persuasive proposal of a search engine court made by Brancha and Pasquale more than 10 years ago,¹²⁰ as much as a suggestion to conceive of a broader mechanism of accountability promoted through a safe harbour¹²¹ for the types of gatekeeping algorithms discussed in this article.

The costs involved in the management and adjudication of these claims, however, heavily weigh against the use of this procedure as the only solution to the problem of bias in the provision of results or recommendations to consumers. To increase the chances of detection of self-favouring and other types of discrimination, this *ex-post* remedial mechanism should be strengthened by some form of *ex ante* accountability. It has been suggested, for instance, that competition authorities could be given the powers to engage in 'enhanced *ex-ante* monitoring' of algorithms, or to order the disclosure of algorithms altogether.¹²² Another option could be to follow the spirit of Article 14 of the E-commerce Directive, which establishes a connection between the safe harbour and the element that we have been invoking so far: a diligence standard. Specifically, the CJEU has stated that knowledge of illegal activity or information can be inferred from the awareness of facts on the basis of which a 'diligent economic

118 Joined cases C-236/08 and C-237/08 *Google France v Louis Vuitton et al* [2010] ECR I-02417, paras 112–14. See also case C-324/09, *L'Oréal v eBay International* [2011] ECR I-06011, paras 111–13; and case C-291/13, *Papasavvas v O Fileleftheros Dimosia Etairia* ECLI:EU:C:2014:2209, paras 39, 41 and 45.

119 For a similar recommendation in the US context, see Hal Singer, 'What To Do About Google?' *Forbes* (8 September 2017) <<https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2017/09/08/what-to-do-about-google/#3b18034c7001>> accessed 9 May 2019.

120 Oren Brancha and Frank Pasquale, 'Federal Search Commission - Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search' (2008) 93 *Cornell Law Review* 1149.

121 Safe harbours are not uncommon in EU competition law, the most recent example being the 'choreography' established by the CJEU in *Huawei v ZTE* (Case C-170/13 *Huawei Technologies Co Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH* ECLI:EU:C:2015:477) to exempt from liability standard essential patent owners who seek an injunction in court after having followed the designated procedure. For an analysis of the scope and strength of the safe harbour, see Nicolo Zingales, 'The Legal Framework for SEP Disputes in EU post-Huawei: Whither Harmonization?' (2017) 36 (1) *Yearbook of European Law* 628–82. Similar to the safe harbour defined in *Huawei*, this proposed safe harbour would depend on the acceptance of third-party determination of the disputes that give rise to potential liability.

122 Ariel Ezrachi and Maurice Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* (OUP 2016) 230.

operator' *should* have identified the illegality in question and acted in accordance with Article 14(1)(b) of Directive (taking the content down).¹²³ Translating that insight into our model, algorithmic operators would not be entirely immune from scrutiny if they were somehow aware of facts, irrespective of a notice, that would make the detrimental impact apparent. To make that more specific, the safe harbor could include among its conditions the adherence to a due diligence procedure for the design of algorithms that can effectively impact consumer choice through the selection or ranking of content. Such procedure could for instance rely on established techniques to detect the existence of bias against various classes of market players,¹²⁴ and require operators to maintain a record of that testing for inspection by a competition or judicial authority (or the independent body proposed in this section), identify a risk mitigation strategy and even define a threshold of adverse impact warranting a change of the existing rules or criteria. Interestingly, the market is already developing bias detection tools in specific domains,¹²⁵ so it may not be too far down the road that we start to see this being provided as a service across the industry, and becoming part of the regular due diligence procedure before putting impactful algorithms into commerce.

5. CONCLUSION

This article surveyed the cases under Article 102 TFEU that revolved around the existence of anticompetitive intent, and discussed its role in some detail. Having addressed the key definitional questions in Section 1, Section 2 permitted us to identify key principles relating to the use of evidence subjective intent, most notably (i) its necessary link with effects for purpose of establishing a violation; and (ii) the need for it to be based 'objective factors'. Although the interpretation of the latter might vary, the General Court's ruling in *Astra Zeneca* suggested that such evidence cannot be extrapolated through tenuous inferences and insinuations, but must be built upon a solid logical steps which should not leave room for doubts.

Section 3 of the article delved into the Commission's decision in *Google Shopping*, gauging the extent to which it complies with those established principles. The Decision is particularly interesting for the dual role of intent: firm and prominent in its subjective expression, as demonstrated by compelling documental evidence; and feeble and nebulous in its objective manifestation, as is suggested by the lack of standards over what constitutes preferential treatment. This is particularly problematic when considering that, as a consequence of the shallowness in this definition of preferential treatment, a host of companies providing algorithmic intermediation

123 *L'Oreal v eBay* (n 118) para 120.

124 See Christian Sandvig and others. 'Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms' Data and discrimination: converting critical concerns into productive inquiry (2014), 1–23. See also Karen Levy and Solon Barocas, 'Designing Against Discrimination in Online Markets' (2018) 32 Berkeley Technology Law Journal.

125 Will Knight, 'Microsoft is Creating an Oracle for Catching Biased AI Algorithms' Technology Review (25 May 2018) <<https://www.technologyreview.com/s/611138/microsoft-is-creating-an-oracle-for-catching-biased-ai-algorithms>> accessed 9 May 2019.

services might be prevented in the future from giving effect to that arguably constitutes the core results of their processes, just to stay clear of antitrust violations. Even more importantly, the imposition of liability in the absence of clear benchmarks clashes with the principle of legal certainty, the principle of legality and the presumption of innocence.

Accordingly, Section 4 pondered the consequences of the *Google Shopping* Decision for providers of algorithmic gatekeeping services, attempting to offer suggestions to guide the resolution of future cases that are bound to arise in this area. Two suggestions have been offered in particular: one aimed to fix the problem of reliance on subjective intent which is disjointed from any possible anticompetitive effect, and the other purported to address the issue of identification of the standard of care on the basis of which objective intent can be established. The first problem is easier to solve, thanks to the case law shedding the light into the right direction. In this sense, the proposal simply captures the rationale of the existing cases recommending to follow a three-pronged test, which asks whether the anticompetitive effect for the purported conduct is foreseeable, immediate and substantial. Importantly, the parameter of foreseeability would be linked to a subjective, rather than an objective test, enabling authorities to elevate the standard of prognosis for a purported conduct to the sophisticated knowledge level of a particular dominant firm, rather than that of a potentially less knowledgeable market participant.

With regard to the second problem, it is clear that the designation of a specific standard of care is a complex question that goes beyond the scope of the article. However, the suggestion presented here concerned a procedure which aims to reconcile the need to secure effective competition enforcement with administrability, and the imperative not to prohibit or chill legitimate business conduct. The dilemma before us is, of course, what would an optimal framework look like from that tri-dimensional perspective?

It is useful at this point to remind some of the work of Stacey Dogan, who has identified four different ways in which the law can approach design choices:

- i. absolute non-interference (ie accepting any kind of design choice as legitimate as long as it produces an improvement);
- ii. the metric of economic rationality (eg the ‘no economic sense’ test, which is argued to be the basis for the establishment of objective intent);
- iii. second-guessing the merits of any particular choice under a cost–benefit analysis (which she calls the ‘competitive effects balancing’ test); and
- iv. finally, a subjective intent inquiry, where any evidence of such intent can be used to qualify a given design choice as anti-competitive.¹²⁶

126 Stacey Dogan, ‘The Role of Design Choice in Intellectual Property and Antitrust Law’ (2016) 15 Columbia Technology Law Journal 27. Note that this list of approaches is not exhaustive. For instance, the European Commission’s approach in *Google Shopping* suggests a moderate degree of (non-) interference with design choices: the Commission brushed aside the efficiency defence raised by Google, according to which the algorithmic changes that they made improve the quality of the search service for consumers by providing them with ‘the most relevant and useful results possible’. The Commission

Dorgan suggests that courts should be open to examining the relative effects of different aspects of a product modification, rather than remaining anchored on wooden benchmarks.¹²⁷ This theory provides strong support for the argument that we cannot accept a test that departs from intent, ie based simply on absolute non-interference, no economic sense, or full examination of the merits in each particular case. Accordingly, the assessment of algorithmic choices should follow a structured test, with a shifting burden of proof. While competitors or competition authorities would in the first instance need to demonstrate the existence of a differentiated treatment, defendants would bear the burden of justifying such difference. However, they would also benefit of a presumption of legality in case of compliance with industry due diligence, as discussed below.

A vital consideration in this framework is the forum where these disputes would be settled. The utility of a court-based system (or even an administrative proceeding) to adjudicate these claims in a fast-moving environment as the one we are discussing in this contribution appears limited. Note for instance that the complaints in the *Google Shopping* case were lodged with the European Commission in November 2009, the investigation was officially launched in December 2010, and the decision was only taken in June 2017. For this reason, the proposal advanced in the previous section is to establish an alternative dispute resolution system that is able to look expeditiously into the merits of these complaints. Interestingly, as this article was being written the EU has brought to light a proposed Regulation on Fairness in Platform to Business Relations,¹²⁸ which would require platforms both to provide an explanation for removal or demotion, and to institute a mechanism of alternative dispute resolution.

The procedure suggested here provides a further suggestion building upon the well-established model of notice and takedown, which has served as a useful compromise between platforms and content creators for almost two decades. This model is not without its flaws, especially in terms of discouraging voluntary content moderation measures for fear of triggering ‘knowledge’ of illegal activity.¹²⁹ For this reason, it was recommended to integrate into the model a due diligence procedure requiring the testing of algorithmic design choices before they are implemented. In our proposal, antitrust liability for algorithmic result is excluded for those providers that are compliant with this framework, ie (i) are able to demonstrate the testing and mitigation of possible bias in their algorithms; (ii) have in place a dedicated procedure to receive notices of discriminatory treatment and respond timely with an explanation; and (iii) submit to an independent dispute resolution system to resolve any controversy arising from such notices.

While one could criticize the proposal for imposing significant costs on undertakings, it should be noted that the resources and expertise necessary for adherence to

contended that achieving those efficiencies cannot imply that Google Shopping is systematically favoured. See Decision, para 662.

127 *ibid* 61.

128 Proposal on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, COM(2018)238/974102. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0238>> accessed 9 May 2019.

129 See eg the narrative in Danielle Citron and Quinta Jurecic, ‘Platform Justice: Content Moderation at an Inflection Point’, Hoover Institution Aegis Series Paper No 1811, pp 11–12.

this framework may well be used (and to some extent already are) in other areas, for instance to deal with content moderation and claims of liability for third party conduct. Accountability for the results of algorithmic agents is one of the key regulatory challenges of the day, and it is here to stay. With that in mind, the global antitrust community has a responsibility to clarify the scope of the nascent antitrust duty to police one's own algorithm. This exercise should aim at ensuring a sufficient protection against unfair manipulation without undermining the incentives to invest and innovate in algorithmic technologies. A carefully designed safe harbour is the best way to achieve that balance.

SUBMISSÃO PARA A COMISSÃO DE JURISTAS PARA REGULAÇÃO DA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por Nicolo Zingales

Pretende-se, por meio desse documento, fomentar o debate e propor algumas reflexões que julgamos pertinentes para o atual momento de elaboração do marco normativo sobre IA. Essa contribuição focará em dois temas principais, quais sejam (1) a responsabilidade dos agentes de mercados com posição dominante em relação a exclusão algorítmica; e (2) a regulação das técnicas de influência dos indivíduos a traves da arquitetura de escolha, denominadas “*nudging*”.

Inicialmente, com referencia à responsabilização dos agentes por conduta algorítmica, destaca-se que a lei antitruste adota uma interpretação bastante ampla daquilo que constitui o conceito de “intenção”, na medida em que se inclui a “intenção implícita” na falta de adoção da diligência devida. A fim de definir padrões de responsabilidade algorítmica, portanto, os reguladores podem fomentar eventual responsabilização no contexto antitruste impondo um princípio de “auto-monitoramento dos algoritmos”, para definir o que será considerado como “diligência devida” da qual as empresas, especialmente aquelas com posição dominante no mercado, deverão cumprir. Paralelamente, não se deve olvidar que subsiste a preocupação de que uma abordagem baseada em princípios, ou seja, sem detalhar obrigações específicas, possa gerar um risco significativo de incerteza. Por esse motivo, uma sugestão seria a criação de algum tipo de “porto seguro” - e, portanto, uma área de isenção da responsabilização - para as empresas que adotarem uma série de medidas que garantam a supervisão, consequentemente, reduzindo o risco de discriminação e de exploração algorítmica, e aumentando a soberania do consumidor. Em artigo recente, depois de debate acerca do papel da intenção na lei de concorrência da União Europeia, ZINGALES (2019) sugeriu que respectivo “porto seguro” deve-se incluir uma estrutura de “notificação e explicação” (*notice and explanation*) que permita que partes potencialmente prejudicadas solicitem uma explicação sobre as alterações algorítmicas e, caso se julgue oportuno, pleitear a legitimidade dessa explicação perante uma terceira parte independente. O documento pode ser encontrado em anexo a este e-mail (anexo 1).

Para além da reflexão acima, sobreleva-se e propõe-se uma análise conjunta do Direito da Concorrência, da Defesa do Consumidor e da Proteção de Dados para lidar com questões relacionadas à manipulação e influência de consumidores, titulares de dados e/ou cidadãos. No anexo 2, descreveram-se algumas dessas preocupações e explorou-se a questão relativa à regulação de “influência” nas escolhas dos indivíduos (o que é chamado de “*nudging*”), enaltecendo-se a necessidade de uma abordagem multidisciplinar¹.

Na sequência, elaboram-se cada um desses aspectos com um pouco mais de detalhes,

¹ BAKONYI, E.B; ZINGALES, N. A aceitabilidade do nudging: a necessidade de uma resposta multidimensional. 2022. Em trâmites para publicação na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. Apresentado no evento PLSC LATAM 2022, no dia 27 de maio 2022.

enquanto remeto os artigos completos para uma discussão mais ampla.

1. Responsabilidade por exclusão algorítmica (conduta unilateral)

Um dos desafios mais significativos na avaliação da conduta antitruste no contexto da inteligência artificial é a compreensão das balizas postas à responsabilização de empresas, ou, em outras palavras, a determinação acerca das métricas de responsabilidade empresarial a serem impostas face às medidas empreendidas por um algoritmo, particularmente quando essas não foram previstas ou previsíveis pela pessoa que tomou a decisão por/como efeito desse algoritmo. *O Google Shopping* é um bom exemplo - caso de teste - para se examinar a adequação da análise antitruste neste contexto, provendo uma prévia de alguns dos problemas que provavelmente serão encontrados com a crescente automação de uma gama de atividades humanas. Neste julgamento, a Comissão Europeia conclui que o Google violou o artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ao se engajar em auto-favorecimento, porém, infelizmente, não identifica os limites dessa categoria de abuso no que diz respeito às escolhas de *design* algorítmico, na medida em que não traz indícios suficientes do que se entende por “conduta exata” que esteja aquém dos padrões de responsabilidade especial atribuídos a uma empresa dominante. Essa postura, gera igualmente problemas quanto às especificidades do remédio imposto, uma vez que a Comissão ordenou ao Google a implementação de medidas adequadas para acabar com a conduta condenada, bem como que se abstinhasse de repeti-la, ou de se envolver com qualquer ato ou conduta com o mesmo objeto ou efeito equivalente ².

Para entender a relevância do problema, faz-se necessário esclarecer sobre a tecnologia em debate: para fornecer aos usuários os resultados mais relevantes, os mecanismos de busca assumem funções editoriais na indexação, ativação, classificação e exibição de conteúdo. Essas escolhas são feitas principalmente pelo desenho de algoritmos, ou seja, regras que regem o funcionamento das tecnologias de rastreamento, acionamento, classificação e exibição do Google para executar o processo desejado. Devido às funções editoriais, os algoritmos podem ter vieses embutidos aptos a favorecer sistematicamente certos conteúdos, ainda que essa não seja necessariamente o resultado de uma escolha deliberada do programador. Como o estágio de programação do algoritmo é anterior e separado da geração de resultados, muitas vezes é difícil para o designer antecipar todas as suas possíveis consequências. Tratando-se de algoritmos de aprendizagem não supervisionados, recentemente incorporados ao *Google Search*, que são caracterizados pela propriedade para aprender e melhorar automaticamente a partir da experiência sem ser explicitamente programado, a problemática torna-se ainda mais grave. ³

² Comissão Europeia, Caso AT.39740, *Google Shopping*. Bruxelas, 27.6.2017, C(2017) final 4444. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (doravante, "Decisão"), Art. 2-4.

³ Cade Metz, *AI Is Transforming Google Search. The Rest of the Web Is Next*, Wired (2 de abril de 2016). Disponível em <https://www.wired.com/2016/02/ai-is-changing-the-technology-behind-google-searches/>.

Obviamente, a crítica subjacente da Comissão Europeia é que o *Google* deveria ter apreciado as consequências de suas escolhas, incluindo o respectivo impacto na concorrência no mercado para serviços de compras de comparação. De fato, enquanto em uma parte da Decisão o tratamento preferencial aparenta decorrer ostensivamente da escolha de critérios que desencadeiam um determinado resultado algorítmico, em outras partes, a Comissão cogita a exclusão total do *Google Shopping* da aplicação de certos critérios que afetam negativamente a posição dos serviços concorrentes de comparação de preços. Dessa forma, a Decisão não oferece nenhum conforto ou segurança jurídica para os operadores de tecnologias algorítmicas, por exemplo, apontando em qual conduta particular o *Google* ficou aquém, ou seja, explicando cuidadosamente qual dever de cuidado foi violado⁴⁵.

Embora as decisões devam ser baseadas no reconhecimento de intenção ou negligência, conforme exigido por lei, tal premissa não é visível na avaliação da responsabilidade do *Google* por resultados algorítmicos. A Comissão refere-se apenas à intenção *subjética* da empresa em questão de "favorecer os seus próprios serviços em relação aos dos concorrentes, a fim de alavancar a sua posição na busca geral no mercado por serviços de comparação de compras", e usa respectiva intenção como elemento aditivo para satisfazer o requisito de intenção *objetiva* (ou seja, deduzível dos fatos) para que essa conduta elimine os concorrentes⁶.

ZINGALES (2019) analisou sistematicamente essa decisão⁷, (para maiores detalhes, sugere-se leitura de material anexo). De todo modo, considerou-se importante relatar aqui as principais conclusões dessa análise sobre o papel das autoridades antitruste na regulação de inteligência artificial. Vejam-se:

- Em primeiro lugar, os avanços em tecnologias algorítmicas, *big data* e análises preditivas deveriam informar melhor os processos de abstração e inferências que os tomadores de decisão usam para identificar a intenção da empresa. Considerando que os processos de previsão para empresas dominantes que possuem muitos dados podem ser significativamente mais avançados e sofisticados do que os de outros participantes do mercado e autoridades de concorrência⁸, convém dar maior importância para os padrões *subjéticos* de responsabilidade (ou seja, focando na intenção específica do autor da conduta, e não na do homem médio). A avaliação disso poderia basear-se na disponibilização em forma restrita dos conjuntos de dados das empresas dominantes às autoridades, e da reprodução de seus processos de design algorítmico, no intuito

⁴ Um bom exemplo são os "sinais" para desencadear o aparecimento do Universal Product e/ou sua aparência na posição média para a primeira dos resultados na primeira página: o número de lojas e o número de mecanismos de comparação de compras nos resultados de pesquisa genéricos top-3. Veja Decisão, parágrafo 391.

⁵ Decisão, parágrafo 512.

⁶ Decisão, parágrafo 491.

⁷ Nicolo Zingales, 'Antitrust Intent in The Age of Algorithmic Nudging', (2019) 7 (3) Journal of Antitrust Enforcement, 386–418 (anexo 1)

⁸ Um fenômeno que Stucke e Grunes chamam de "nowcasting": ver Maurice E. Stucke e Allen Grunes, *Big Data and Competition Law* (Oxford University Press, 2016).

de testar se os efeitos negativos produzidos por uma determinada escolha poderiam ser razoavelmente previstos. Ao mesmo tempo, é importante vincular essas intenções subjetivas a um componente objetivo - como, por exemplo, uma probabilidade de efeitos anticompetitivos gerados pela suposta conduta - que impeça uma expansão indevida do conceito de abuso;

- Em segundo lugar, é crucial esclarecer que tipo de métodos de prova e inferência seriam considerados “incertos” - passível de interpretações plurais - , e, portanto, considerados apenas como evidências adicionais e de apoio, inaptas a o estabelecimento de um abuso: traçar o impacto de um algoritmo para a intenção de seu criador será provavelmente um ponto crucial da análise e, eventualmente , a única forma para estabelecer a responsabilidade;
- Em terceiro lugar, não se pode esperar que desenvolvedores ou controladores de algoritmos façam um prognóstico de *qualquer* efeito anticompetitivo imaginável que possa resultar de suas ações, pois isso certamente dificultaria a criação de algoritmos inovadores. No entanto, pode-se impor uma prestação de conta pelas escolhas feitas, exigindo transparência e a explicação de decisões automatizadas, como é feito atualmente no campo da Lei de proteção de dados. Esta é, de fato, a questão mais urgente: até que ponto a intenção antitruste objetiva pode ser inferida a partir de um conjunto de ações realizadas por um algoritmo, de tal forma que elas possam estar ligadas à negligência na criação e no controle do algoritmo? Por um lado, o conceito de intenção antitruste pode servir como uma salvaguarda contra a imputação a um programador de qualquer possível impacto que um algoritmo possa gerar no mercado. Por outro , uma definição não suficientemente clara de seu papel pode ter um efeito resfriador sobre o investimento e a inovação no desenvolvimento de tecnologias predominantemente benéficas, simplesmente porque é muito provável que elas possam produzir algum resultado anticompetitivo⁹.
- Em quarto lugar, o estabelecimento de um "porto seguro" é aconselhável para incentivar o investimento e a inovação em tecnologias algorítmicas que cumprem alguns princípios fundamentais. O “porto seguro” precisaria ser enquadrado dentro de salvaguardas institucionais e processuais adequadas (sobretudo, um procedimento justo e independente de resolução de disputas), bem como incluir um quadro de "notificação e explicação" (*notice & explanation*) para empresas que se consideram prejudicadas pelo algoritmo em sua capacidade de competir no mercado. Esse quadro concederia ao operador algorítmico a isenção de responsabilidade civil por qualquer tratamento diferenciado do que coloque uma empresa em desvantagem competitiva (*em relação* ao próprio operador ou a terceiros), desde que um procedimento seja instaurado para receber tais reclamações (*notice*) e para responder com uma explicação (*explanation*) dentro de um prazo adequado. A empresa afetada, se não convencida pela explicação, poderia apresentar uma reclamação fundamentada a um órgão independente,

⁹ Vide o artigo 13 (2) (f), artigo 14 (2) (g), artigo 15 (h), artigo 22, bem como o Considerando 71 do o GDPR.

capaz de ordenar o reajuste dos efeitos algorítmicos . Recomenda-se que tal órgão possa estabelecer a alocação de custos contenciosos e impor penalidades para reclamações infundadas. Além disso, os operadores algorítmicos não estariam totalmente imunes ao escrutínio caso estejam de alguma forma cientes de fatos que torna m aparente o impacto prejudicial do algoritmo. A fim de melhor explorar a responsabilidade pela capacidade de antever os efeitos negativos , o “porto seguro” poderia incluir entre as suas condições a adesão a um procedimento de *due diligence* para a concepção de algoritmos que podem efetivamente impactar a escolha do consumidor através da seleção ou classificação de conteúdo. Tal procedimento poderia, por exemplo, contar com técnicas estabelecidas para detectar a existência de vieses, manter um registro desse teste para inspeção por uma concorrência ou autoridade judicial (ou o órgão independente proposto nesta seção) e, até mesmo, definir um limiar de impacto adverso que justifique uma mudança das regras ou critérios existentes¹⁰. Isso poderia ser imposto a toda a indústria de empresas de intermediação on-line, como feito recentemente no regulamento proposto pela Comissão Europeia sobre plataforma para a equidade empresarial (RP2BF)¹¹.

2. *Nudging* anticompetitivo?

Há um outro aspecto que vale a pena chamar a atenção dos reguladores da concorrência. Esta é a sofisticação em evolução das práticas de design e manipulação através de “empurrõeszinhos” (*nudges*), onde os consumidores não são estritamente forçados, mas apenas encorajados com intervenções específicas a realizar a ação desejada. Essa é uma seara de investigação particularmente complexa no contexto de ofertas personalizadas, pois as empresas podem, graças à maior coleta de dados e aos avanços na análise de dados, identificar vieses de consumo e explorá-los para alcançar o resultado desejado(s). No entanto, os empurrões não precisam ocorrer apenas no contexto da personalização, pois podem ser bastante eficazes também onde são projetados para abordar vieses comuns entre os usuários de um determinado produto.

Os dois casos de práticas casadas da *Microsoft* na União Europeia¹² fornecem uma boa ilustração da capacidade do direito de concorrência de se alcançar situações em que um consumidor só é estimulado para a integração de dois produtos, embora mantenha a capacidade de substituir

¹⁰ Vide Christian Sandvig et al. ‘Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms’, *Data and discrimination: converting critical concerns into productive inquiry* (2014), 1-23. Vide também Karen Levy and Solon Barocas, ‘Designing Against Discrimination in Online Markets’ (2018) 32 *Berkeley Technology Law Journal*.

¹¹ Regulamento UE 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha, OJ L 186, 11.7.2019, p. 57–79.

¹² Decisão da Comissão de 24 de março de 2004 relativa a um processo nos termos do artigo 82º do Tratado CE (Caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft*); confirmado em recurso no processo T-201/04, *Microsoft* UE:T:2007:289; Decisão da Comissão de 16 de Dezembro de 2009 relativa a um processo nos termos do artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o artigo 54º do Acordo EEE (Processo COMP/C-3/39.530-*Microsoft* (amarração)).

o produto amarrado por um produzido pelos concorrentes. Em particular, a Comissão Europeia questionou o fato de que os clientes não tiveram escolha, uma vez que os *softwares* da Microsoft foram pré-instalados com o Windows e não podiam ser desinstalados¹³. No caso envolvendo *Microsoft Media Player*, a Comissão elaborou sobre a lógica de intervir na presença de venda casada com coerção "suave" desse tipo, alegando que a integração gerou fortes efeitos de rede para provedores de conteúdo e desenvolvedores que utilizavam o Windows Media Player, o que eventualmente resultaria em um fechamento do mercado, e que a intervenção de uma autoridade de concorrência precisaria ocorrer antes do tombamento para ser eficaz¹⁴. Da mesma forma, em sua recente decisão *do Google Android*, a Comissão questionou os esforços do Google para garantir que fabricantes e operadoras de rede móvel pré-instalassem seus aplicativos de pesquisa e de navegador, considerando que os usuários que os encontrarem pré-instalados em seus dispositivos provavelmente se apegariam a tais sistemas¹⁵.

Quando a escolha exercida for resultado de engano ou influência indevida, o direito de proteção do consumidor pode ser capaz de intervir, reconhecendo a natureza abusiva das práticas em que o consentimento para um novo serviço é efetivamente forçado a um consumidor, evitando assim a necessidade de intervenção antitruste. Foi precisamente o que aconteceu em uma decisão recente da autoridade italiana de concorrência (AGCM), embora sob seu mandato de defesa do consumidor, sobre a atualização dos termos de serviço e política de privacidade do WhatsApp em agosto de 2016. A AGCM descobriu que o WhatsApp havia se envolvido em uma prática comercial injusta e agressiva por dois motivos principais: primeiro, embora tivesse fornecido aos usuários uma tela cheia informando sobre a existência de alterações na política de privacidade e termos de serviço existentes, a mesma tela continha apenas a opção de aceitar integralmente essas alterações, enquanto, somente após clicar em um link para ler mais informações sobre essas alterações, o usuário descobriria a possibilidade de se recusar a aceitar algumas dessas (em particular, o compartilhamento de metadados com o Facebook para fins de publicidade). Em segundo lugar, o WhatsApp alertou os usuários no aviso de mudança da política que aqueles que não expressassem sua aceitação no prazo de 30 dias não poderiam mais utilizar o serviço, o que reforçou o efeito do incentivo que já foi gerado pelo aviso incompleto¹⁶¹⁷. O cenário descrito diz respeito a uma prática que pode ser considerada injusta tanto do ponto de vista do consumidor, quanto da lei de proteção de dados, mas também tem uma forte ligação com o direito de concorrência: a possível mudança da política de privacidade para permitir o compartilhamento de dados com o Facebook foi, na verdade, uma das considerações levadas em conta como parte da avaliação competitiva na liberação da Comissão Europeia da aquisição do Whatsapp pelo Facebook, onde a empresa prometeu que mudanças no sentido de compartilhar

¹³ Vide Nicolas Petit e Norman Neyrink, 'Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic' (2011) 2 (2) *Journal of European Competition Law & Practice*, 117-121.

¹⁴ Decisão da Comissão no Processo COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, para. 946.

¹⁵ Comissão Europeia, Press Release IP/18/4581, 18 de julho de 2018.

¹⁶ Provvedimento PS 10601 e Provvedimento CV 154, ambos disponíveis em <<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8754-ps10601-cv154-sanzione-da-3milioni-di-euro-per-whatsapp,-ha-indotto-gli-utenti-a-condividere-i-loro-dati-con-facebook.html>> acessado em 10 de julho de 2018.

¹⁷ *Ibid.*, parágrafo 62.

dados com Facebook não aconteceriam. Apesar da frutífera interação das forças de proteção do consumidor, proteção de dados e direito da concorrência neste caso específico, não está claro até onde a lei da concorrência pode ir, com seu instrumentário existente, para perseguir práticas que exploram vieses de consumo¹⁸¹⁹, sem ao mesmo tempo prevenir a possibilidade de fazerem escolhas que deliberadamente e conscientemente vão no mesmo sentido em que teriam chego as escolhas enviesadas. Indiscutivelmente, uma violação da lei de proteção de dados pode ser usada por uma autoridade de concorrência para documentar que uma determinada empresa não está competindo no mérito e, portanto, reforçando sua posição dominante através de sua conduta abusiva. ²⁰ De qualquer forma, a forte intersecção com a lei de defesa do consumidor e de proteção de dados exige mecanismos específicos e rápidos de cooperação entre as respectivas autoridades, que provavelmente serão de importância crescente com o aumento das interações personalizadas. ²¹

Mais uma vez, enfatiza-se que, em exemplos como o do caso Whatsapp discutido acima, o empurrão não se baseia em características individuais (alguns diriam "vulnerabilidades") dos alvos, mas simplesmente na reação esperada de uma ampla população ou subgrupo. Esses casos são distinguíveis a partir de casos de *hypernudging*, que envolve "personalização algorítmica em tempo real e reconfiguração de arquiteturas de escolha baseadas em grandes agregados de dados (pessoais) ou o fenômeno da "manipulação do mercado digital" descrito por Calo- baseado na "produção de viés em massa", "exploração de vieses para aumentar a divulgação de informações pessoais" e "segmentação de anúncios e design de interface baseados em meios (de influência efetiva sobre um determinado indivíduo) ao invés que em produtos". Trata-se, de certa forma, de um passo anterior a essa gama de *nudges* personalizados ou quase personalizados, o que levanta um conjunto totalmente diferente de preocupações que não serão consideradas aqui. No entanto, a conduta realizada algoritmicamente em relação aos vieses do consumidor desafia a análise antitruste tradicional, na prática, podendo permitir que a empresa dominante realize os efeitos de uma venda casada, de uma predação, ou de uma prática de exclusividade, sem apresentar algumas das características legalmente necessárias para condená-los. Isso ocorre porque os agentes algorítmicos podem aproveitar uma posição dominante sobre as características conhecidas do consumidor para tornar altamente provável que este último escolha voluntariamente o curso de ação preferido pela empresa dominante.

¹⁸ Comissão Europeia, Press Release IP 14–1088, 3 de outubro de 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.

¹⁹ Veja Nicolo Zingales, 'Between a rock and two hard places: WhatsApp at the crossroad of competition, data protection and consumer law' (2017) 33 (4) Computer and Security Law Review, 553-558..

²⁰ Bundeskartellamt, 'Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive', Press Release (19 December 2017), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²¹ Veja Nicolo Zingales, 'Data protection considerations in EU competition law: funnel or straitjacket for innovation?', in Paul Nihoul and Pieter Van Cleynenbreugel (eds.), *The Role of Innovation in Competition Analysis* (Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3158008

Isso levanta questões, em grande parte inexploradas, sobre qual seria a resposta regulatória ideal a tal conduta. Certamente não se almeja facilitar a evasão das regras antitruste, por empresas que apenas oferecem aos consumidores uma *aparência* de escolha e ao mesmo tempo ajustam efetivamente a arquitetura de escolha para fabricar o resultado desejado. Igualmente, não se deseja ser demasiadamente paternalista e negar aos consumidores a maior conveniência e outros benefícios que vêm do alinhamento de seus interesses aos da empresa dominante. A lei da concorrência exige, contudo, que uma escolha mínima seja preservada, de modo a permitir que os concorrentes exerçam pressões sobre a margem. Como resultado, faz-se necessário identificar um quadro analítico que distingue a persuasão aceitável e a simplificação da manipulação total.

Em artigo recente (anexo 2), sugeriu-se, com base na literatura existente, três critérios que podem ser usados para distinguir essas duas situações:

- Primeiro, o empurrão é transparente e não enganoso. Entretanto, o significado da transparência vai variar dependendo do contexto específico: quanto mais um empurrão substitui a capacidade do consumidor de escolha reflexiva e deliberativa (conforme a definição de manipulação de SUNSTEIN), mais ele deve exigir uma bandeira clara e visível, não sendo suficiente o anúncio antecipado. Além disso, poderá haver casos em que a divulgação seja inapta em cumprir a finalidade da transparência, por exemplo, haja vista a requisição de avaliação especializada e/ou de procedimentos longos e complexos, exigindo salvaguardas especiais, como a aprovação por conselhos de revisão de especialistas e o monitoramento contínuo/periódico da implementação.
- Segundo, é o mais fácil possível fazer um *opt-out*. Este não é um pré-requisito rigoroso, mas a dificuldade de anular os efeitos do empurrão para um indivíduo é uma medida de mitigação crucial, cuja ausência torna/caracteriza o empurrão como desproporcional. Poderá haver casos em que a opção por sair envolva várias etapas, mas que os efeitos sobre os consumidores ainda sejam amplamente positivos: nesses casos não haverá motivo para ações antitruste (embora isso possa ser um gatilho para a aplicação da lei de defesa do consumidor).
- Terceiro, o empurrão deve aumentar o bem-estar do consumidor. Este é, de fato, o foco tradicional da análise antitruste, embora convenha esclarecer que a antitruste não se concentraria no bem-estar do consumidor alvo do *nudge* (ou do grupo de consumidores alvos), mas sim no efeito global sobre o bem-estar do consumidor no mercado relevante.

O peso ligado a cada um desses três critérios, no entanto, variará a depender dependendo do contexto em que o empurrão é feito. O direito da concorrência deveria ter algo a dizer sobre técnicas de estimular esse bem-estar econômico primordial sobre transparência e reversibilidade? Este último deve ser considerado mais adequadamente situado no âmbito da defesa do consumidor? Enquanto os critérios acima mencionados parecem conformes e suficientes adequados para separar “o trigo do joio” quando se trata de

determinar até que ponto o empurrão preserva a soberania do consumidor, a questão de saber se a soberania do consumidor é a preocupação central da lei antitruste permanece aberta, e fundamentalmente dependente do ambiente econômico, social e político subjacente. Por essa razão, no artigo anexo (anexo 2) sugeriu-se:

- a. Primeiro, a necessidade de se distinguir o *nudging* lícito do ilícito, a partir de teste baseado nos três critérios supramencionados
- b. A partir da análise da legislação de proteção de dados, formulou-se teste capaz de filtrar as avaliações de legítimo interesse ao suporte de decisões de *nudging*, limitando a validade dessa base legal apenas a hipóteses que envolvam um benefício para o titular de dados, que sejam feitas de forma transparente, e que deixem uma possibilidade de oposição proporcional à intrusão no processo deliberativo do indivíduo;
- c. embasar a definição de padrões regulatórios em uma análise empírica dos vieses dos consumidores, tal como estabelecido na recente proposta legislativa do NUDGE Act nos Estados Unidos.

O teste que se propôs permite filtrar as avaliações de legítimo interesse ao suporte de decisões de *nudging*, limitando a validade dessa base legal apenas a hipóteses que envolvam um benefício para o titular de dados, que sejam feitas de forma transparente, e que deixem uma possibilidade de oposição proporcional à intrusão no processo deliberativo do indivíduo.